

PONENCIA SOBRE EL TEMA 2

por el Dr. Manuel V. Giorgi (*)

PROTECCION INTERNACIONAL DE LA PATRIA POTESTAD

1.- Las leyes que dominan solamente en el ámbito de un territorio no son suficientes a solucionar las cuestiones que se originan en las múltiples relaciones internacionales.

Las leyes nacionales, o internas de cada país suelen tener disposiciones que apuntan a soluciones internacionales, pero ellas no comprenden a veces la variada gama de situaciones que se presentan en las relaciones personales de las personas, como así también en el régimen de sus derechos patrimoniales.

Fácil es resolver una relación de derecho en el propio territorio donde la ley ha sido dictada, pero cuando la relación jurídica se ha formado en un país y debe de tener su cumplimiento en otro, o viceversa, y aún pasando por un tercer país las controversias y las dificultades arrecian y las soluciones se tornan sumamente difíciles.

A evitar los cuestionamientos en estos casos, amén de que cada país tiene sus propias normas de orden público que hacen inaplicables las leyes extranjeras, tiene el derecho internacional privado. Este considera a las relaciones de derecho en abstracto, no deteniéndose en la patria de determinadas leyes, si bien no puede prescindir de dar soluciones -pues, ese es su fin- y según la presencia de la noción de justicia, da la solución.

La regla de derecho internacional tiene siempre vigencia haya o no conflicto; lo que debe de predominar es la búsqueda de la ley aplicable, tanto es así, que aún cuando determinados países tengan una misma ley, el principio de derecho internacional privado actuará siempre para indicar la ley aplicable.

El problema mirado desde el ángulo indicado tiene facetas de colisión, porque la legislación de cada país no sólo abarca relaciones privadas, sino también aquellas de carácter público -es decir- las que miran al orden social, político, económico, etc., y cuya observancia no puede quedar librada a voluntades legislativas extrañas.

Muchas de las cuestiones que conmueven al derecho privado interno se proyectan al ámbito internacional, y entonces el derecho de éste tipo debe tomarlas para asignarles la solución que corresponda, sea por ejemplo la capacidad de las personas, la protección de sus derechos fundamentales, las relaciones familiares, comerciales, penales, etc.

El perfil del derecho internacional privado no se ha obtenido sin un gran esfuerzo, junto a un proceso de evolución que alcanzó a todas las ramas del derecho.

Suelen los autores formularse la siguiente pregunta: ¿El Estado individual representa todo el orden jurídico, o existe un orden jurídico objetivo y superior mas elevado, que no proviene de un Estado determinado, sino de una multitud de ellos? Formular la pregunta es dar con la respuesta; "ubi societas, ibi jus". Y esto es tan cierto en el orden de un Estado como en la comunidad de ellos; de ahí

que se haya erigido un edificio de normas internacionales que superando los cimientos de cada Estado, une a todos los Estados en una formidable comunidad de intereses en cuya base y proyecciones arraiga una norma de derecho internacional.

Ya en Roma se orientaban hacia la consideración de los extranjeros a través del "ius gentium", pero las aristas y perfiles de este derecho -si bien desde un punto de vista filosófico-, las encontraremos en el "ius cosmopoliticum" de Kant o en la "Civitas máxima" de Wolff, o sea un orden jurídico de las naciones, o en la concepción de Stammler de un "derecho mundial", como resultado de la conexión unitaria de todos los derechos especiales-. o también la idea de Jellinek", como relación de coordinación.

Las relaciones internacionales tienen en cuenta el bien interno como el externo como objeto directo, y de ahí la necesidad de estructurar normas que van más allá del propio Estado y cuyo fin es regular las relaciones en cuanto en ellas están implicados los derechos de las personas en sus múltiples aspectos de la vida de relación interna y externa -todo- para consolidar el "bien de la humanidad".

II.- Esta brevísima portada nos sirva de escalón para considerar un aspecto de ese derecho internacional privado en punto a Patria Potestad.

III.- Conocidas son las disposiciones de nuestro Código Civil dedicadas en minuciosa reglamentación de la Patria Potestad (art. 264 a 310 en su redacción originaria, modificados muchos de ellos por leyes posteriores (ley 10.903-11.357 - 14.367-14.394-22.278- Decretos Reglamentarios, Comisión Nacional de la Minoridad, Subsecretaría del Menor y la Familia, etc.

También para una interpretación, valiosa de las respectivas disposiciones, los autores y la jurisprudencia traen a colación las normas analógicas del Capítulo IV - Libro I - Sección II del Código Civil que trata de la tutela y de la curatela, (art. 392 a 484 del C.C., y todos sus concordantes. Todo ello para arbitrar las soluciones dentro del derecho interno, pero en lo que hace a las normas de colisión entre las distintas legislaciones, ellas están ausente en el título respectivo y si sólo hay algunas de ellas en el título de la tutela y de la curatela como lo expresamos.

IV.- Esta orfandad de normas en nuestro interno ha exigido a la doctrina y a la jurisprudencia grandes esfuerzos interpretativos para dilucidar los diversos problemas jurídicos.

Las soluciones se han arbitrado sobre las notas propias de cada caso, sin poder profundizar el tema en sus principios generales y rectores.

V.- Ante este panorama, podemos anotar algunos supuestos que han sido objeto de tratamiento legal, y otros que pueden presentarse de difícil clarificación en su alcance.

a) Caso del menor ausente de la casa paterna con licencia de los padres y residiendo en el extranjero, el Consul de la República podrá autorizarlo para contraer deudas que satisfagan sus necesidades mas imperiosas, (art. 284 del C.C.). Es ésta una norma de derecho internacional, o simplemente aporta una solución que podrá luego producir sus efectos legales dentro del campo de las obligaciones internas con respecto al padre. (art. 272 y concordantes 50-51-285-375-376, etc.del C.C.).

b) Caso del menor residiendo en el país, y el padre con domicilio en el extranjero en ejercicio de la patria potestad según su ley del domicilio, podrían los jueces argentinos disponer su protección. (art. 309 del C.C. reformado por la ley 10.903, y art. 278 del C.C., art. 12 a 15 de la ley 10.903 y art. 12, 36 de la ley penal, y arts. pertinentes de la ley 22.278). La solución en el orden interno no ofrecería mayor dificultades, pero en el orden internacional, por aplicación del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (año 1940) tendría sus implicancias graves por el régimen de la unidad establecida.

c) Caso del padre condenado en el extranjero por delito grave contra el hijo, o que haya sido objeto de varias condenas que demuestren que se trata de un delincuente profesional, o peligroso, ¿puede el juez argentino decretar la pérdida de la Patria Potestad?

d) De relevante interés es el caso de los menores que residen en el país que han ingresado legalmente al mismo junto con sus padres, pero luego éstos se alejan quedando el menor en el país. Este menor puede tener necesidad de reconocer hijos, testar, contestar demandas criminales, y otros actos estrictamente personales que nuestras leyes admiten; en el orden interno no parece que haya mayores dificultades, pero esos actos, si en el país del domicilio de los padres, el menor no los puede realizar, que valor tienen los hechos en el país argentino, sin autorización de los padres, en razón de la unidad del sistema de la Patria Potestad establecida por el Tratado de Montevideo?. Habría aquí evidente colisión de leyes (art. 286-6-7-14 inc. 4º -332/5-3614 del C.Civil).

e) Por el contrario, si se tratase de medidas coercitivas dispuestas por juez extranjero, no podrían aplicarse en el país, toda vez que deben de pasar por el tamiz de la ley argentina, ya que pueden encontrarse implicados principios de orden público, (mismas disposiciones citadas, y art. 10-22-24 de la ley 10.903-278 del C.C. y conc.

Los supuestos de legitimación, aún dentro de la propia ley argentina (interpretación de los arts. 313/15 del C.C. frente a los art. 20- y 21 del Tratado de Montevideo del año 1940.

f) El amparo que tendría que brindar la ley argentina en el caso de cesación de usufructo por los padres, sobre bienes que fueron donados, recibidos en herencia, o legados al menor con la cláusula de no tener el usufructo (art. 289-287-288 2815 y conc. del C.C., en colisión con los arts. 18-32 y 33 del Tratado de Montevideo. ¿Y cuál la solución para los países no signatarios?

g) De igual manera el caso de que se impusiera al padre por testamento la exclusión de administrar los bienes que se le donan al menor, (art. 301-2860- del C.C.).

h) Igualmente el supuesto de la libertad de conciencia y de culto, que consagra nuestra constitución, y los principios de orden público, respecto al padre que ejerce la Patria Potestad en el extranjero, y cuya ley exigiera autorización del mismo.

i) No menos delicado y trascendente es la solución del caso del art. 12 del C.C. en cuanto a las formas y solemnidades del acto y derecho de fondo, en cuanto el padre radicado en el extranjero pretenda el cumplimiento de algún derecho real (estricto carácter de este), -Jugarían aquí cuestiones de orden público y el Tra-

tado de Montevideo, (art. 32-33-37 y conc. del Tratado, y art. 2502 y art. 2503, y leyes concordantes -13.512-Código Aeronáutico - Warrants ley 9643- Prenda con Registro, ley 12.962 - Pagarés hipotecarios, art. 3212 del C.C. - art. 1277 del C.C. art. 2505 del mismo, etc.).

¿Cual es la solución en los casos de países no signatarios del Tratado de Montevideo?

j) Reconocimiento de hijos extramatrimoniales, o dados por reconocidos por sentencia en el primer caso de manera voluntaria y en el segundo forzosa, cuando el menor se encuentra dentro de la edad que determina para este caso la ley de Registro civil de la Capital, y por la ley del domicilio del padre en ejercicio de la Patria Potestad se exige una edad mayor. Lo mismo jugaría el caso en el supuesto de ejercer tutela. (art. 403-409 y 90 inc. 5° del C.C.).

k) Muchas veces se ha hecho aplicación analógica de las reglas de la tutela, en cuanto a los bienes del menor radicados fuera del país, rigiéndolos por la ley donde se hallaren, (art. 410 del C.C. y normas pertinentes del Tratado de Montevideo).

l) La competencia del juez del domicilio del padre, o del juez que ha discernido la tutela subsiste con respecto a la persona y bienes, sin perjuicio de la posible intervención del juez del lugar donde se halla el menor, en casos graves que hacen a su persona, como lo sustenta la doctrina y la jurisprudencia.

11) Nuestra propia ley establece sistemas distintos según si se trata de la persona del menor, o de sus bienes, fijando para el primer caso la unidad, (art. 400/4, tomado del proyecto de Freitas, (art. 1707), pero para el segundo caso, incorpora el sistema de la pluralidad. Pero nuestra ley nada establece para el caso de que la tutela es discernida por un juez extranjero y respecto de los bienes situados en el país. El proyecto de reformas del año 1936 intenta dar una solución en su art. 532.

m) Esos mismos Tratados de Montevideo han adoptado regímenes diferentes (año 1889-1940). Así en el primero se siguió el sistema de la territorialidad, (estatuto real); en cambio recogiendo críticas, el segundo Tratado adopta el régimen de la unidad, (art. 28 del Tratado).

VI.- Contrasta en alguna manera la falta de disposiciones de colisión en la Patria Potestad, con las que el Código contiene en otras materias, como ser:

1º) Domicilio: (Art. 44-89 y sgts-; la capacidad de las personas, regida por el régimen del domicilio, (art. 6 y 7 del C.C. y sus conc. -8-10-14-138/9-948-949-1205-1209-1211-3286-3611-3612).

2º) Matrimonio, art. 2-5/6-7-81-82, ley de Mat. y art. 6-7-131-950-1180 del C.C.

3º) Contratos, art. 8-12-950-1205 y conc.

4º) Hechos y actos jurídicos, (art. 944-948-950-957- y sus conc. 6-7-10-12-3283-3287-3611-3613-, y especialmente el art. 953 por su extraordinaria importancia en la licitud de los actos, y supuestos bien claros de aplicación, (art. 502-515-520-531-842-/3/4/48-872-959-960-1044-1167-1175/6-1449-2336/7-3965-4030 y tantas otras instituciones como ser en las obligaciones que nacen de los contratos,

de los actos lícitos que no son contratos; de las que nacen de los actos ilícitos; de los derechos reales; en materia sucesoria, en materia comercial, como ser seguros, contratos, letras de cambio, 9 Cod. de comercio y Decreto leyes 4776/63 y 5965/63.

Pero en materia de Patria Potestad el Cod. y las leyes complementarias y reformadoras no contienen disposiciones expresas de colisión, (ley 10903-11357- / 14367-14394-20111-22278, y algunos Decretos reglamentarios (Decreto 5286/57 que modifica el texto del art. 4° de la ley 10.903).

Hay algunas normas en la ley de adopción, (ley 19.134).

En ausencia de normas expresas, se ha hecho aplicación de principios de orden público, declarándose que el juez del lugar puede adoptar en casos de urgencia medidas provisionales, tanto en lo referente a la persona del incapaz, como en relación a sus bienes, aún en el caso que la tutela haya sido discernida por juez extranjero.

Pero las interpretaciones difieren, así en la doctrina, como en la jurisprudencia, en orden a los bienes del menor, o incapaz y en función de las facultades del Padre, o tutor en su caso, habiéndose resuelto que el juez que discernió la tutela es el que debe autorizar la venta de un inmueble radicado en el país conforme a sus propias leyes, y aplicarse la ley argentina con intervención del juez nacional respecto al acto. Hay fallos en tal sentido.

VII.- Para la solución de los distintos casos, existen dos estudios muy profundos de los Doctores Calandrelli y Alcorta, con motivo del "Proyecto de Codificación del derecho internacional privado" preparado a solicitud del Consejo Directivo de la Unión Panamericana para ser sometido a la Junta Internacional de Jurisconsultos y presentado por el Instituto Americano de Derecho Internacional al Consejo directivo de la Unión Panamericana (J.A. 24-pág. 14. Sec.Doct.).

En su informe decía el Dr. Calandrelli, que la Patria Potestad se regía por el Tratado vigente en cuanto a derechos y deberes personales por la ley del lugar del país donde se ejercita, (art. 14). Si bien el domicilio del padre coincide generalmente con el lugar en que se ejercita la P.P., cabe en lo posible que los deberes y derechos anexos a ella pretendan hacerse efectivos en un lugar diverso. El régimen lógico es el domicilio del padre -que es también el del hijo- pero teniendo en cuenta la característica indicada, la solución debe de proveer el medio de satisfacer las exigencias del orden público cuando se trata de derechos y deberes cuyo ejercicio, o cumplimiento se desdobra en medidas disciplinarias, o de policía. De ahí que deba darse su lugar a la ley territorial. La solución entonces análoga a la adoptada respecto a los derechos y deberes personales de los esposos debe ser el régimen de la ley del domicilio del que ejerce la Patria Potestad, con las sanciones igualmente admitidas por la ley del lugar en que los derechos se hagan efectivos, o los deberes se cumplan. Este régimen debe de aplicarse también a la administración de los bienes.

En tal sentido proyectaba la siguiente disposición: Art..."La Patria Potestad en cuanto concierne a las relaciones personales entre padres e hijos, se rige por la ley del domicilio del padre que la ejerce. Fuera del domicilio tales derechos y obligaciones no podrán hacerse efectivos sino por medio de las sanciones igualmente admitidas por la ley local. La misma ley con las mismas limitaciones regirá los derechos y deberes relativos a la administración de los bienes".

Admitía en consecuencia la ley del domicilio del padre que ejerce la Patria Potestad, pero dando también injerencia a la ley local (país donde se efectivizarán los derechos y deberes), según las sanciones que provea dicha ley.

El Dr. Alcorta al comentar el mismo proyecto en los artículos 67-68-69 y 70 decía... "Están sometidos a la ley personal del hijo la existencia y el alcance general de la Patria Potestad respecto de la persona y los bienes, así como las causas de su extinción y recobro y la limitación del derecho de castigar".

El artículo 68 lo proyectaba así... "La existencia o no del derecho de usufructo y las demás reglas aplicables a las diferentes clases de peculio, se someten también a la ley personal del hijo, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren".

A su vez con relación al art. 69; "Lo dispuesto en el artículo anterior ha de entenderse en territorio extranjero sin perjuicio de los derechos de terceros que la ley local otorgue y de las disposiciones locales sobre publicidad y especialidad de garantías hipotecarias".

Y completaba su comentario, en función del art. 70, en ésta forma... "Son de orden público internacional las disposiciones que imponen moderación en la facultad del padre para corregir y castigar y su recurso a las autoridades, así como las que priven de la patria potestad por incapacidad, ausencia, o sentencia".

A los textos referidos él acotaba... "Nada observo al artículo por cuanto las cuestiones que trata, se refieren a medidas de libertad y todo lo que toca a la libertad individual y al empleo de la fuerza es de orden público, y por consiguiente de orden público internacional".

Hace la misma argumentación respecto a la privación de la Patria Potestad "por ministerio de la ley" frente a los hechos que la motiva y bien debe de ser catalogada esa privación de la potestad entre las reglas, o leyes de orden público internacional". J.A. 24-14- Sec.Doct.).

VIII.- El Dr. Víctor N. Romero del Prado en su obra de Derecho Internacional Privado - pág. 128, comenta los dos trabajos precedentes (Doctores Calandrelli y Alcorta), y con respecto al punto formula la siguiente regla..."

"La Patria potestad en cuanto concierne a las relaciones personales entre padres e hijos, se rige por la ley del domicilio del padre que la ejerce. Fuera del domicilio tales derechos y deberes no podrán hacerse efectivos sino por medio de las sanciones igualmente admitidas por la ley local".

"La misma ley con las mismas limitaciones regirá los derechos y deberes relativos a la administración de los bienes y su disposición".

Después de formular las reglas que quedan mencionadas comenta... "Seguimos las indicaciones de los tratadistas citados partidarios de la unidad de ley para regir los derechos y deberes personales y sobre los bienes del menor, proyectando la fórmula transcrita cuando hicimos el estudio del proyecto de Código de la Comisión reformadora y anteproyecto de Bibiloni".

IX.- Tenemos así proyectadas algunas ideas sobre el tema, que marcan con precisión la diferencia entre la competencia del juez del domicilio del padre que e-

jercita la Patria Potestad, y el desenvolvimiento posterior de los derechos y deberes del padre, cuando ellos deben de ejercitarse en otro país, en cuyo caso se establecen limitaciones tanto en el ejercicio de las relaciones personales como con respecto a los bienes si en esos casos se encuentran implicados principios de libertad personal, (como pueden ser medidas correctivas, abandono del menor, asist^{encia}, pérdida de la patria potestad, suspensión de la misma, suspensión del e-jercicio, etc.; muchas de estas medidas contempladas por la ley argentina 10.903. Del modo cuando es necesario proyectar el amparo al ámbito religioso.

X.- Este problema de la Patria Potestad fué considerado de muy distinta mane^{ra} en los Tratados de Derecho Civil Internacional celebrados en Montevideo en los años 1889 y 1940. Y además la solución dada por el último Tratado solo rige para aquellos países que han ratificado el mismo; de modo que las soluciones que puedan obtenerse son de extensión limitada, amén de que algunos países continúan aún con el régimen de la nacionalidad dentro del estatuto personal.

El primer Tratado establecía que todo lo que se relacione con el ejercicio de la Patria Potestad debía regirse por la ley del domicilio donde la misma se e-jercita. Era un sistema plural.

En cambio el Tratado del año 1940 vuelve sobre ese principio y consagra el de la unidad. Así el art. 18 reza textualmente Art. 18". "La patria potestad, en lo referente a los derechos y a los deberes personales, se rige por la ley del domícilio de quien la ejercita".

Igual variante entre los dos Tratados se establece en lo que hace al régimen de los bienes; el primer Tratado estableció que los bienes deben de quedar sometidos a la ley del lugar en que se hallaren, en tanto que el segundo en su art. 19 fija la siguiente regla... "Por la misma ley se rigen los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad respecto a los bienes de los hijos, así como su enagenación y los demás a actos de que sean objeto, en todo, lo que sobre materia de estricto derecho real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de tales bienes".

Con estos dos artículos se ha introducido una reforma fundamental al régimen, haciendo predominar con un criterio uniforme la ley del domicilio sobre todo lo relativo a la patria potestad.

Pero, repetimos fuera de los países signatarios no hay solución uniforme.

El artículo 19 guarda estricta relación con el art. 25 que regula el régimen de la tutela y de la curatela, y con los artículos 26 a 29 del mismo Tratado, salvando en todos los casos la regulación de los derechos reales establecida por el país de la situación de los bienes.

El Tratado del año 1940 contiene en el titular IX disposiciones comunes a los títulos IV-V y VII. Al respecto dice el art. 30... "Las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y al de la tutela o curatela, se rigen, en cada caso, por la ley del lugar en donde residen los cónyuges, padres de familia y tutores o curadores".

Por ésta disposición se establece una diferencia en el régimen a aplicar, según si se trata del domicilio de los padres, o la residencia de los mismos, pues, en éste último caso las relaciones personales emergentes de la patria potestad se rigen" por la ley del lugar en donde residen los padres".

Esto permitiría que en casos de urgencia como lo dice el art. 30, se apliquen las reglas legales, (normas jurídicas), del país donde residen los padres. De esta manera el régimen sería dual, según los casos, en tratándose de medidas urgentes. Esto, además, permitiría entre nosotros la aplicación de la ley argentina en tantos casos emergentes del grueso de los derechos y deberes de los padres, y tanto más, cuando se hallare comprometida la libertad de los hijos, y el cúmulo de derechos derivados de este concepto, que tendrían base constitucional y formarían el cuerpo del orden público internacional, que permanentemente reclama jurisdicción internacional.

XI.- Aparte de los casos mencionados en el N° V, de esta colaboración, cabe mencionar por ejemplo, los siguientes:

1º) El caso del padre que se aleja en compañía de sus hijos menores, al extranjero, sustrayendo a éstos de la vista y cuidado de la madre que continúa viviendo en el país.

2º) El supuesto, que se da con alguna frecuencia en los tribunales de nuestro país, (en los de Mar del Plata), se han dado ya dos en que la madre abusando de la buena fé del padre, obtiene de éste permiso para llevar a su hija fuera del país (por un período de vacaciones, o paseo) y luego la madre fija su residencia, o domicilio en el extranjero -viviendo en concubinato adulterino- burlando así al padre. En uno de ellos con el agravante, de que no obstante haber el juez decretado la prohibición de salir del país, y ser notificada en horas de la mañana de dicha prohibición, en horas de la tarde y antes de que algunos oficios llegarán a inmigración, policía federal, Ministerio, etc., ella salió del país. El caso puede agravarse aún más, porque la madre fijó su actual residencia, o domicilio en un país, el cual tiene en vigencia el ejercicio de la patria potestad en forma indistinta, y es posible que la misma recurra al amparo de esta legislación.

3º) Es también digno de consideración, el caso del divorcio obtenido en el extranjero en fraude de la ley argentina, y vuelto al país solo uno de los cónyuges, (el padre), quedando la madre en el extranjero con la guarda y tenencia de hijos menores, y luego el padre que tiene la titularidad y ejercicio de la patria potestad reclama.

XII.- La patria potestad resulta de las relaciones emergentes del matrimonio, con una base en el derecho natural, recogiendo luego las distintas legislaciones este principio y reglamentando de distinta manera según las valoraciones de cada país y en un determinado momento histórico. De ahí, los conflictos de leyes entre los distintos países, pues, en algunos las relaciones de padre e hijo están sometidas a reglas fijas siguiendo principios ortodoxos; en otros se trata el problema con más benignidad según la evolución de la sociedad, esto tanto en el plano de las vinculaciones personales como en el terreno patrimonial. Suscintamente los regímenes que se conocen en la doctrina, son:

a) Régimen clásico. La patria potestad está en cabeza del padre, así en su titularidad como en su ejercicio. En punto a derecho internacional las relaciones del cabeza de familia con sus hijos se rigen por la ley personal de los padres, (ya sea la de nacionalidad, o la del domicilio, con la salvedad del orden público. El fundamento elemental de esta doctrina está en que las relaciones de padre a hijo son una consecuencia del matrimonio, (paternidad y filiación). Esta doctrina es válida para determinar la titularidad y el ejercicio de la institución, ya sea a favor del padre, o de la madre, o el ejercicio conjunto, o indistinto, aplicán-

dose la ley personal, con excepción de las medidas disciplinarias, de corrección, etc. que caen bajo la salvaguardia del orden público.

b) La patria potestad considerada en sí misma y en cuanto hace a las relaciones personales de padre e hijo, se rige por la ley del matrimonio, más especialmente por la ley del domicilio matrimonial.

Esta tesis no ha tenido mayor predicamento.

c). La patria potestad en las mismas relaciones anteriores se rige por la ley del país en que se van a efectivizar los derechos y deberes emergentes de la misma. Proclama esta posición que cada país en su ámbito territorial ejerce con respecto a este tema su autoridad legal. Como se observa tiene la contrapartida de originar nuevas controversias entre país y país, ya que, cada una sustenta su soberanía.

d) La última teoría sostiene que la patria potestad en las relaciones de padre e hijo, se rige por la ley vigente en el momento del nacimiento del hijo. Podría traer este sistema la dificultad que puede resultar de que los hijos nazcan en distintos países.

Dentro de éstas diversas posturas doctrinarias, se resuelven de manera especial cada caso en punto a los bienes que puedan tener los hijos, acordando algunas legislaciones la administración y usufructo de esos bienes por los padres, y en otros solo la administración.

Lo expuesto, justifica que este Congreso haya incluido entre los temas a tratar este de la patria potestad.

XIII.- Las soluciones no son fáciles de obtener dada la variedad de matices que contemplan las legislaciones. Tal el caso del derecho de algunos países que consideran el problema dándole el carácter de un estatuto personal-real, que somete esas relaciones a dos leyes distintas; las personales al derecho que rige la patria potestad, y las patrimoniales, al derecho donde están radicados los bienes.

La doctrina se inclina por dar prevalencia a la ley personal para regir la extensión y atributos de la patria potestad, y esto como consecuencia de las relaciones personales que derivan del matrimonio.

Las legislaciones introducen dificultades en la solución final, por cuanto a lo que hace a la incapacidad del hijo menor debe de suplirse la misma, acudiendo las leyes de los distintos países, ya a la ley de la nacionalidad, ya a la del domicilio de los padres, y otros a la ley del domicilio del hijo, especialmente la ley origen dada por su nacimiento.

La conclusión final solo puede obtenerse relacionando las controversias en la patria potestad con las que se origina en las relaciones personales de los esposos dentro del regimen matrimonial, que somete las soluciones al juez competente según sea el domicilio conyugal, con la salvedad del orden público en cuanto a medidas coercitivas, que quedan sometidas a la ley fori.

Esta excepción es aún aceptada por la doctrina que sigue la nacionalidad como regla para dirimir las distintas cuestiones, y sí el país donde está radicado el domicilio conyugal, o aún la simple residencia de los esposos no admite por e-

jemplo el reintegro al hogar de la esposa no podrá aplicarse esta medida, como tampoco si la ley de la residencia, o domicilio no autoriza medidas - "etiam manu militari".

El ejercicio inmoderado y abusivo que se hacía del patrio poder en el derecho romano primitivo, (vida et necis) fué perdiendo vigencia con la dulcificación de las costumbres así en el tiempo de la República como bajo el imperio. En ésta época, si bien se mantenía el derecho de vida y muerte del padre contra su hijo, la pena no podía aplicarse sin intervención de otros miembros de la familia, e incluso se demandaba la intervención de algún senador. Adriano impuso la expatriación al padre que mató a su hijo, y Constantino resolvió que en todos los casos el que hubiese mandado a matar a su hijo sería castigado como parricida. El derecho del padre quedó limitado a la denuncia ante el magistrado que era el único que podía pronunciar la sentencia. Esto fué confirmado por Valentiano, Alejandro Severo y Valente según lo señala Ulpiano (L.2,D, ad Leg.Cornel de sic. XLVIII).

Como resultado de esta mayor consideración al hijo y disminución de los poderes del padre, se acuñó, la máxima... "patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere".

XIV.- Bien conocida es la orientación actual sobre el tema en donde existe una uniformidad plena en el sentido de considerar a la patria potestad más como un haz de deberes, que como derechos del padre, sin perjuicio de concederle aquellas facultades que se fundamentan en el derecho natural de la procreación y el deber de orientar al hijo durante su minoridad para que pueda integrarse en sus notas de hombre pleno y responsable, acordándole los poderes de corrección y disciplina necesarios dentro de los límites propios de una función benefactora suprimiendo toda posibilidad de abuso, y si esto llegara a ocurrir, disponer por el magistrado las medidas adecuadas que pueden llegar hasta la cancelación y pérdida de la patria potestad. Entre nosotros la ley 10.903 es ejemplificativa en ese sentido.

Sobre este punto existe uniformidad en la doctrina y jurisprudencia en el sentido de que tratándose de medidas de carácter coercitivo y de protección al menor no rige la extraterritorialidad de la ley.

XV.- Teniendo en cuenta los distintos casos señalados en los números V - VII VIII - XI - XII y XIV del presente trabajo se hace necesario estructurar normas de derecho internacional privado útiles a la solución del conflicto de leyes.

Por ello, propiciamos que en los estudios y proyectos que se formulen, se tengan presente las siguientes directivas, dándoles la suficiente extensión de modo de abarcar un principio general, sin entrar en casuismos:

a) Respetar y afianzar el principio del domicilio de las personas tan reiteradamente sostenido en las disposiciones del Código Civil tanto en las relaciones internas como en las internacionales, como instrumento válido de solución de las distintas controversias jurídicas, (art. 6-7-46-91-102-275-405-948-3283-3284-3286 /7-3611-3613-3637-3677 y conc. del Código Civil).

b) Fijar las notas esenciales para que la residencia sustente al domicilio y determinar los casos en que la residencia se pueda invocar para defender derechos en el orden internacional en casos de urgencia y en que esté implicados derechos fundamentales de la personalidad.

c) Tener presente las normas del Tratado de Montevideo ampliándolas de ser

posible a fin de abarcar algunos de los casos señalados en el punto V, y estudios mencionados en los puntos VII-VIII y X de este trabajo.

d) Afianzar los "derechos adquiridos", bajo la legislación extranjera, a fin de hacer posible la "comunidad jurídica", con protección del poder estatal del país y el orden público en sus diversas manifestaciones.

e) Tener presente el principio de la personalidad de la ley que comprende to dos aquellos casos en que la persona ejerce derechos con relación a los bienes, que no signifiquen "estrictos derechos reales", de lo contrario rige la "lex sitae".

f) Regir las relaciones de padre a hijo por la ley del domicilio, (cuidado, a sistencia, educación, disciplina, etc.), con la excepción de que las medidas coer citivas tanto civiles como penales en los casos de urgencia debe de regirse por la "lex fori". En tal sentido disponer la aplicación de las leyes 10.903-22.278, Cod. Penal, en su integridad en tanto las conductas de padre o hijo hacen aplicable esas disposiciones y en tanto el menor resida en el país.

g) Dar amparo a los menores de edad, pero mayores de 18 años a los efectos previstos en el art. 128 del C.C., reformado por la ley 17.711, y las leyes de Contrato de Trabajo General y Contrato de Trabajo Agrario (ley 22.248), especialmente en el resguardo de los bienes que hayan podido adquirir los menores con el fruto de su trabajo, excluyéndose el usufructo sobre esos bienes, que pudieran otorgar leyes extranjeras.

h) Dentro del concepto actual de la patria potestad de protección integral del menor, imponer al juez la aplicación de oficio de la ley extranjera en los ca sos que corresponda, con salvaguardia del orden público, en sus diversas manifes taciones.

Espero que esta modesta contribución al estudio de la protección internacional de la patria potestad pueda ser útil en la labor del Congreso.

(*) Profesor de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, Argentina.