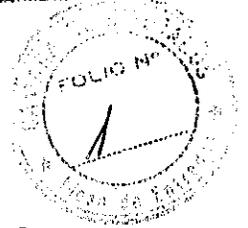


CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN MESA DE ENTRADA	
- 9 SEP 2005	
SEC: 2	1º 225 HORAS

Proyecto de ley



EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, REUNIDOS EN CONGRESO SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

ARTÍCULO 1º: Modifíquese el artículo 206 y el art. 264 inc. 2º y 5º del Código Civil, que quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 206: *Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de la patria potestad, admitiéndose que la guarda de los hijos sea acordada o dispuesta por el juez en forma compartida. En caso de guarda unilateral los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel que el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos."*

Art. 264: *La patria potestad es el 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*

Su ejercicio corresponde:

Inc. 1º: *En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264, quater, o cuando mediare expresa oposición.*

Inc. 2º: *En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, 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. La ejercerán ambos progenitores en caso de tenencia compartida.*

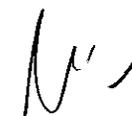
Inc. 3º: *En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro.*

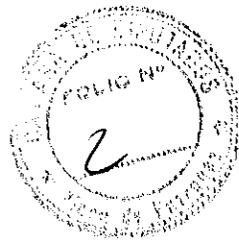
Inc. 4º: *En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocido por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido.*

Inc. 5º: *En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren o en casos de guarda compartida. En caso contrario, a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria.*

Inc. 6º: *A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.*

ARTÍCULO 2º: Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.-


Dra. ADRIANA R. BORTOLOZZI de BOGADO
Diputada Nacional



Proyecto de ley

FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

La patria potestad compartida que consagra la reforma proyectará en los hechos, un mayor involucramiento de ambos progenitores, plasmado en una más comprometida actuación de quien no convive con los menores, pero que, a través de este ejercicio, no verá debilitado el conjunto de las responsabilidades que, por derecho natural y positivo, le habían sido reconocidas *ab initio* y fueran desempeñadas durante la vigencia del matrimonio o convivencia.

La tenencia unilateral consagrada actualmente, y consiguientemente el ejercicio exclusivo en cabeza de uno sólo de los padres —generalmente la madre— que la ley atribuye a aquel que presente mayor idoneidad —arts. 264, inc. 2º y 5º— no siempre responde a la tutela de los derechos familiares y, fundamentalmente, la preservación del interés superior del menor, norte elemental receptado por nuestra Carta Magna en virtud de los Tratados Internacionales que contemplan este principio.

De manera que la reforma permitirá que los padres en trance de divorcio acuerden sobre la modalidad del ejercicio de uno de los aspectos de la patria potestad, como es la llamada guarda o tenencia de los hijos menores., debiendo en cambio hablarse de “*padre conviviente*”. No obstante se ha mantenido la denominación tradicional a efectos de armonizar con el resto de las normas del código civil.

Retomando el tema de los acuerdos paternos, —y como es de práctica en los juicios de separación o divorcio— requiere la actividad del juez y del Estado —mediante el ministerio público— lo que conllevará el despliegue de una labor minuciosa que, en el transcurso del proceso, permita analizar y tener en cuenta si, la voluntad consensuada expresada por los progenitores, beneficia al mejor desarrollo de las relaciones paterno filiales.

Sobre la base de estas consideraciones, podemos colegir que, constituyendo la *ratio legis* de los actuales incisos 2 y 5 del art. 264 de la ley de fondo, un remedio orientado a someter al hijo a una unidad de criterio en su formación, como así también evitar que sea objeto de enfrentamientos entre sus padres no convivientes (conf. Gregorini Clusellas, Eduardo L.L. t. 1997-E-429), cabe preguntarse que ocurre cuando, de las circunstancias que informan el caso en particular, surge que pese a la disolubilidad del vínculo matrimonial, no obstante, los progenitores mantienen un diálogo conveniente o, en sus relaciones internas, evidencian una conducta equilibrada en todo lo concerniente a la educación y desarrollo de los hijos. finalidad axiológica de la norma.

Importa recordar que la patria potestad, en tanto institución orientada a delinear el conjunto de derechos y deberes inherentes a los padres para la protección y formación integral



Proyecto de ley

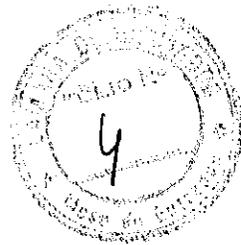
de los hijos menores no emancipados, ostenta un inminente carácter social que enrola sus contenidos entre aquellos que componen el orden público y, en virtud de ello, impiden alterar su regulación legal. Consecuencia lógica de esta premisa, resulta la imposibilidad de renunciar a la calidad de padre o madre, a la representación de los hijos, como así tampoco convenir la extinción de las obligaciones emanadas de la patria potestad mediante concesiones recíprocas (conf. López del carril, Julio L.L. 154-228: CNCiv. Sala E 28/12/72 I.L. 154-227).

Consecuente con ello, es dable observar que, en la realidad social- se han perfilado –merced, verbigracia, a la disolubilidad del vínculo matrimonial –supuestos en los cuales, la voluntad manifestada por los padres mediante un acuerdo expreso se aparta de lo preceptuado en la actualidad, por la norma, y piden –cada vez más- la “tenencia compartida”. En este sentido, la justicia ha tenido que elucidar la cuestión de aceptar o rechazar la pretensión de los progenitores que, ante un divorcio, han decidido en forma consensuada, mantener el ejercicio compartido de la patria potestad, luego de cesada la convivencia. Porque la aplicación de la actual normativa, en forma aislada y no sistemática, indicaría que sólo está permitida la guarda unilateral.

Sin perjuicio de recordar que la homologación de los acuerdos de esta especie, siempre será revisable, cuando las circunstancias así lo requieran. De este modo, la imperatividad del orden público no constituirá un obstáculo ni se verá violentada cuando, la voluntad consensuada de los progenitores no convivientes que desean compartir la patria potestad, se profile como instrumento idóneo para la satisfacción de los intereses de los hijos. Así lo ha entendido la jurisprudencia en ocasiones (CNCiv. Sala F 23/10/87 I.L. t. 1989- A-95; CC 1ª 5/8/46, L.L. 43-752), (Conf. D’Antonio, Daniel. Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515. pág. 245). O cuando el propio juez lo resuelva frente a determinadas circunstancias.

Tampoco podemos olvidar que la función eminentemente tuitiva y protectora del Estado a este respecto, no por ello, debe traducirse en un avasallamiento de los derechos que, en forma preexistente al orden jurídico, le corresponden a los padres en el desempeño de los derechos derivados de la patria potestad. Esta prerrogativa consagrada por nuestro Alto Tribunal (J.A. 1950- I-235), se proyecta en el respeto por la libertad como objetivo primordial en el desarrollo de la persona, frente a la realidad de la patria potestad como una situación de hecho natural y social, respecto de la cual la ley habrá de inmiscuirse con un criterio restrictivo encaminado exclusivamente a la protección y sustitución en casos que así lo ameriten.

Los parámetros que incidan en la decisión judicial han de ser trazados en base a una armónica conjugación de los derechos subjetivos paternos y el respeto a la persona del menor, cuyas exigencias ostentan justa primacía (Conf. López del Carril. Patria Potestad, tutela y curatela. Pág. 21) De esta posición, consideramos fundamental partir a los efectos de elucidar la



Proyecto de ley

aceptación del papel de la voluntad paterna cuando se percibe una aparente contradicción con una norma de orden público, toda vez que, so pretexto de proteger los derechos de la minoridad, no es extraño que, vía una deformación de la finalidad tuitiva en la materia el Estado eche mano de una intervención excesiva en la vida íntima de la familia o, desconozca las connotaciones específicas del grupo sometido al análisis en concreto, desvirtuando, de este modo, el fin de su actividad protectora y supletoria en la materia.

II- Conclusión.

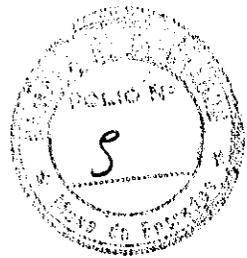
En definitiva la reforma implica un reconocimiento a la *Autonomía de la voluntad de los padres, y al reconocimiento a la igualdad de capacidad de ambos padres para ejercer la tenencia de sus hijos* Con lo cual se avanza también en el proceso de concientización social y jurídica que encasilla a la mujer en el rol "maternal". *Control judicial y actividad interdisciplinaria. Síntesis de un obrar equilibrado orientado al bien común.*

El hombre en tanto animal político vive y se desarrolla en el ámbito de una sociedad, cuya esencia nuclear se perfila en la institución familiar. En ella, la patria potestad, entendida como conjunto de derechos y deberes de los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, se reconoce como una situación natural receptada por el ordenamiento jurídico con miras a brindarle protección y amparo, atento su eminente carácter de interés general.

Este matiz trascendente que impregna el derecho de la familia, requiere de un ordenamiento de jerarquía superior encaminado a contemplar con la mayor garantía y seguridad la satisfacción y el respeto de los intereses jurídicos amparados. A este cometido apuntan las normas de orden público. Sin embargo, la intervención del estado mediante la actividad legislativa, ejecutiva y judicial en la materia nunca habrá de desconocer que, otorgar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos tanto sociales como individuales, implica también acoger las necesidades de la sociedad en un determinado momento histórico, debiendo- en ocasiones- mutar o modificar aquellos principios considerados fundamentales antaño y adecuándolos a la realidad del aquí y ahora.

Y por esta tangente aparece también la ventaja en pro de los derechos de las mujeres en el derecho privado, que ha hecho de la "maternidad" un mito del ideario social por el cual sólo las mujeres pueden asumir el papel de cuidadoras diarias y exclusivas de la prole. Sin dudas la posibilidad de la tenencia compartida permite ver a hombre y mujer con capacidad para el ejercicio de las funciones cotidianas que los hijos exigen. Armonizando con los cambios sociológicos producidos en las formas de funcionamiento actuales de la familia.

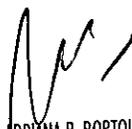
El rol de la autonomía de la voluntad en los tópicos concernientes a la patria potestad, ha de tener cabida favorable, bajo un profundo y serio control de la justicia desempeñado en el caso concreto y enmarcado en pautas generales comprensivas del interés superior del menor, sin



Proyecto de ley

desconocer, el protagonismo de las connotaciones íntimas del grupo familiar y el ejercicio de la libertad como centro de maduración en lo social e individual.

La tenencia compartida permitirá transitar por los nuevos horizontes de una familia con desenvolvimientos relacionales más democráticos y -además- que dejemos de hablar de familia "reconstituida" como si hubiera otra "destruida". Frente a un divorcio o separación de los cónyuges, lo que hay es "la misma familia" en lo relativo a los vínculos paterno-filiales, que funciona de manera diferente en cuanto a la modalidad de tiempo y lugar.


Dra. ADRIANA R. BORTOLOZZI de BOGADO
Diputada Nacional