
ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE LA PATRIA POTESTAD: ¿PERTINENCIA DE SU REGULACIÓN EXCLUSIVA POR EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES?

María Teresa Cornejo Fava

Profesora de Derecho de la Familia en la Universidad de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

En el inicio de la normatividad del derecho de familia el artículo 233 del Código Civil declara, a la letra, que “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”.

En su preámbulo, la Constitución de 1979 –vigente en la fecha en que se produjo la promulgación del Código Civil que nos rige– declaró que la familia es la célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura. En armonía con este enunciado, el artículo 5 de la misma Carta Fundamental dispuso que “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”.

En su artículo 6 declara que: “El Estado ampara la paternidad responsable” y que “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”.

En su artículo 4 la Constitución de 1993 declara, al tratar de los derechos sociales y económicos, que la comunidad y el Estado "... protegen a la familia y promueven el matrimonio...", reconociéndolos como "... institutos naturales y fundamentales de la sociedad". En el segundo párrafo del artículo 6 declara que "Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos" y que estos últimos "... tienen el deber de respetar y asistir a sus padres".

Luego de conceptualizar el matrimonio como "... la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común" y de establecer que "El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales..." el Código Civil consagra la obligación mutua de los cónyuges, por el hecho del matrimonio, de alimentar y educar a sus hijos.

El título III de la sección tercera, sociedad paterno-filial del libro III, derecho de familia, del mismo código, dedica su capítulo único a la regulación del ejercicio, contenido y terminación de la patria potestad, institución que norma el ejercicio de la mutua obligación conyugal antedicha.

Sin perjuicio de ello, encontramos normas relativas a esta institución en el tratamiento de situaciones como el decaimiento y disolución del vínculo conyugal (separación de cuerpos y divorcio); la adopción y las instituciones supletorias de amparo (tutela, curatela y consejo de familia).

Como se advierte del tenor del artículo 6 constitucional, se trata de un deber y de un derecho de los padres así como de un deber de los hijos. En el mismo orden de ideas, el artículo 418 del Código Civil precisa el contenido de la institución cuando dispone que: "Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores".

La figura jurídica de la patria potestad se explica y sustenta en el estado por el que atraviesa el ser humano en la primera etapa de su existencia, en la que no se encuentra en aptitud de proveer a su propia subsistencia, cautelar sus intereses, defender sus derechos y formar su personalidad.

Al encomendar a determinadas personas el amparo de los menores, el derecho se ha limitado a recoger y regir un fenómeno que viene impuesto por la naturaleza. Efectivamente, ella señala a los padres como las personas a quienes corresponde tal función. Modernamente, algunas posiciones propugnan la idea de que esta función compete al Estado. Se conoce como patria potestad el conjunto de las atribuciones que se otorga o reconoce a los padres para el desempeño de la función en referencia.¹

Como señala Héctor Cornejo Chávez, el derecho familiar -y por ende la patria potestad como institución de este- ha sido considerado desde su raíz romana como parte integrante del derecho privado y su normación legal como materia del Código Civil.²

1 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II. *Sociedad paterno-filial. Amparo familiar del incapaz*. 9.ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, mayo de 1998, p. 185.

2 Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. *Código Civil IV. Exposición de motivos y comentarios*, 1988, p. 349; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Op. cit.* Tomo I. *Sociedad conyugal*, p. 27.

Sin embargo, a la fecha –y desde hace ya buen número de años– comparte la regulación de la patria potestad con el cuerpo de leyes que contiene, como su nombre indica, el régimen de los niños y de los adolescentes, esto es, de las personas desde su concepción hasta los 18 años de edad.

En efecto, en el título I, de la familia natural y de los adultos responsables de los niños, tanto el Código de los Niños y Adolescentes –decreto ley 26102– como su texto único ordenado –decreto supremo 004-99-JUS– dedicaron el capítulo I a la regulación de la patria potestad enumerando, en la primera de las normas relativas a ella, los “... deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad respecto de los niños y adolescentes que son sus hijos...”.

Es menester resaltar, sin embargo, que el referido título I aludía únicamente a los niños, esto es a las personas desde su concepción hasta los 12 años de edad, olvidando mencionar a los adolescentes, es decir a los sujetos de derecho desde los 12 hasta los 18 años de edad, siendo así que la patria potestad es de aplicación para ambos.

El nuevo Código de los Niños y Adolescentes, ley 27337, ha salvado dicha omisión comprendiendo a los adolescentes en la denominación del título I de su libro tercero, instituciones familiares, que se titula “La familia y los adultos responsables de los niños y adolescentes”, y que dedica su capítulo I a la institución de la patria potestad.

Al igual que sus predecesoras, la primera de las normas de dicho capítulo I evidencia que la patria potestad constituye

deber y derecho de los padres que la ejercen. Cabe mencionar como antecedente de todas ellas el artículo 418 del Código Civil ya glosado que, según se ha indicado antes, alude expresamente al deber y derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores que tienen los padres en virtud, precisamente, de la patria potestad.

La institución ha evolucionado en cuanto a su conceptualización y naturaleza se refiere. Héctor Cornejo Chávez expresa que la tendencia ecléctica, “... en cuya virtud no puede considerarse la patria potestad ni como un derecho de los padres sobre los hijos, ni sólo como un derecho de los hijos frente a los padres; sino como un complejo de derechos y obligaciones recíprocos...” es, en su concepto, “... la que mejor se ajusta, no sólo a las conveniencias pedagógicas y jurídicas, sino también a la dignidad de la persona humana, que si de un lado impide que se rebaje a los hijos a la condición de cosas, de otro, se opone a que se convierta a los padres en instrumento de sus hijos”.³

Alex F. Plácido⁴ señala que la patria potestad constituyó deber de los padres para con sus hijos. Ella abarcaba únicamente la conservación de los intereses de una sola de las partes, vale decir de los progenitores, no así la de los intereses del niño o del adolescente: “En su definición originaria no se exteriorizaba un vínculo paterno-filial integrado por sujetos cuyos intereses resultan igualmente respetables, ni mucho menos una relación que, más allá de lo que implican la autoridad y su ejercicio respecto de los intereses a preservar, pueda ser concebida en términos de valor equivalente”.

Añade este autor que:

3 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit. Tomo II. *Sociedad paterno-filial. Amparo familiar del incapaz*, p. 188.

4 PLÁCIDO V., Alex F. *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. 1.ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, marzo del 2003, pp. 435-436.

En la actualidad, la patria potestad no es solo un conjunto de derechos que se ejercen en el interés exclusivo de sus titulares, es decir el padre y la madre, sino que se trata del ejercicio de un derecho-deber, que la ley recoge y deriva de las relaciones ordinarias entre padres e hijos (...). Se ha dicho, en este sentido, que se trata de derechos-deberes que integran el contenido de la patria potestad (...). Coincidentemente, se señala que los derechos inherentes a la patria potestad son acordados a los padres en razón de los deberes que deben cumplir...

Al respecto, Enrique Varsi Rospigliosi dice:

Actualmente, la patria potestad no implica una relación de familia vertical (padre-hijo) sino una relación de familia horizontal (padre-hijo), en la que tanto uno como otro tienen derechos de los que gozan y deberes que han de cumplir.⁵

2. LA PATRIA POTESTAD Y EL CÓDIGO CIVIL

Como se ha dicho antes, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y los bienes de sus hijos menores, vale decir de sus hijos niños y adolescentes.

Así entendida, ella se ejerce conjuntamente por el padre y por la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

Ahora bien, en todos los casos de decaimiento del vínculo matrimonial o conyugal –separación de cuerpos, divorcio o inva-

lidación del matrimonio– ella se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro, mientras tanto, suspendido en su ejercicio. Como se verá en su momento, el Código de los Niños y Adolescentes ha dispuesto, para el caso de separación convencional y divorcio ulterior, que ninguno de los padres queda suspendido en tal ejercicio, modificando así la norma pertinente del Código Civil.

Tratándose de hijos extramatrimoniales, la patria potestad se ejerce por el padre o por la madre, según quien los haya reconocido. Si este hijo ha sido reconocido por ambos padres, corresponde al juez del niño y adolescente determinar a cuál de ellos corresponde la patria potestad, atendiendo para ello a la edad y el sexo del hijo, a la circunstancia de que los padres vivan juntos o separados, y, en todo caso, a los intereses del menor, entendiéndose niño o adolescente.

En todos los casos en que un hijo no se halle bajo la patria potestad de su padre o de su madre, este progenitor tiene derecho a conservar con dicho hijo las relaciones personales indicadas por las circunstancias.

El artículo 423 del cuerpo de leyes en análisis, enumera en sus ocho incisos los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad, a saber: proveer el sostenimiento y educación de los hijos; dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes; corregirlos moderadamente, y cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores; aprovechar de sus servicios, atendiendo a su edad y con-

5 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Código Civil comentado por los cien mejores especialistas*. 1.^a edición. Lima: Gaceta Jurídica, julio del 2003, pp. 127-128.

dición, sin perjudicar su educación; tenerlos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario; representarlos en los actos de la vida civil; y, finalmente, administrar y usufructuar sus bienes.

Como se verá luego, esta norma ha sufrido modificaciones en virtud, sucesivamente, del Código de los Niños y Adolescentes, decreto ley 26102; de su texto único ordenado, decreto supremo 004-99-JUS, y del actual Código de los Niños y Adolescentes, ley 27337.

En sus artículos del 424 al 460, inclusive, la normatividad civil regula, específica y detalladamente, el aspecto alimentario y patrimonial de la relación paterno-filial en el ámbito de la institución de la patria potestad que nos ocupa.

Finalmente, los artículos del 461 al 471, inclusive, norman las situaciones que afectan el ejercicio de la patria potestad por sus titulares —esto es, por los progenitores— en cuanto concierne a su duración y a la extensión de facultades, vale decir la extinción, la pérdida, la privación, la limitación y la suspensión de la patria potestad, en ese orden.

Es precisamente en este aspecto en que el Código de los Niños y Adolescentes, en sus tres versiones, ha introducido sustanciales modificaciones respecto del código sustantivo, como se analizará seguidamente.

3. LA PATRIA POTESTAD Y EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, LEY 27337

Como se ha expresado en las páginas anteriores, la institución de la patria potestad ha merecido tratamiento sucesivo por el Código de los Niños y Adolescentes,

decreto ley 26102; por su texto único ordenado, decreto supremo 004-99-JUS, y por el actual Código de los Niños y Adolescentes, ley 27337, modificando de modo sustancial la normatividad civil en la materia.

La razón «justificatoria» de esta intervención expresa y detallada de la legislación del niño y del adolescente en la regulación de la institución de la patria potestad, reside precisamente en que niño y adolescente, valga la redundancia, son —si cabe la expresión— sujetos activos y pasivos, beneficiarios y obligados destinatarios en esta institución fundamental de la relación paterno-filial y, esencialmente, de la familia.

Así, el Código de los Niños y Adolescentes, decreto ley 26102, modificó los aspectos de la patria potestad relativos a los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad respecto de los niños y adolescentes que son sus hijos y a las situaciones de terminación, pérdida, privación, limitación y suspensión que afectan el ejercicio de aquella por los progenitores en lo que concierne a su duración y a la extensión de sus facultades, es decir los artículos 423, 461, 462, 463, 464 y 466 del Código Civil. Se trata de los artículos 82, 83 y 84 de dicho código, que regulan los deberes y derechos de los padres así como la suspensión y extinción de la patria potestad.

Estas mismas disposiciones sufrieron, igualmente, variaciones introducidas por los artículos 78, 79 y 80 del texto único ordenado del Código de los Niños y Adolescentes —decreto supremo 004-99-JUS— relativos asimismo a los deberes y derechos de los padres y a la suspensión y extinción de la patria potestad.

Finalmente, tales normas han sido también afectadas por los artículos 74, 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, ley 27337. Además, este último ha modificado, con sus artículos 76 y 78, los artículos 420 y 471 del Código Civil.

4. DISCREPANCIA DE LA NORMATIVIDAD RELATIVA A ALGUNOS ASPECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

- En cuanto concierne a los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad establecidos en el artículo 423 del Código Civil, cabe señalar que estos han sufrido variaciones importantes introducidas por los artículos 78 del Código de los Niños y Adolescentes, decreto ley 26102; 82 de su texto único ordenado, decreto supremo 004-99-JUS, y 74 del Código de los Niños y Adolescentes, ley 27337.

Recogemos aquí en detalle únicamente las modificaciones introducidas por el vigente Código de los Niños y Adolescentes, promulgado por ley 27337.

En efecto, este último texto legal enumera, en su artículo 74, los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad respecto de los niños y adolescentes que son sus hijos.

Según se ha enunciado, el artículo 423 del código sustantivo precisó en sus ocho incisos los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad.

La segunda disposición final del Código de los Niños y Adolescentes, decreto ley 26102, y de su texto único ordenado,⁶ estableció la modificación de esta norma en sus incisos 3 y 4.

No obstante que esta disposición no precisa en qué consisten tales modificaciones, un examen comparativo de la

norma original así modificada y de los artículos 82 del Código de los Niños y Adolescentes, decreto ley 26102; 78 del texto único ordenado del mismo código; y 74 del código promulgado por la ley 27337, permite aseverar que ellos no han consagrado solamente una modificación de los incisos 3 y 4 del artículo 423 del Código Civil, como se dice inexactamente en la acotada disposición final, sino una variación integral de la norma en mención.

En consecuencia, constituyen deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: velar por el desarrollo integral de los hijos; proveer su sostenimiento y educación; dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes; darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente, pudiendo recurrir a la autoridad competente si su acción no bastare; tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos; representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil; recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención; administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil.

- La modificación introducida por el Código de los Niños y Adolescentes, ley 27337, respecto de las situaciones de terminación, pérdida, privación, limitación y suspensión de la patria potestad

⁶ Segunda disposición final del Código de los Niños y Adolescentes, decreto ley 26102 y de su texto único ordenado decreto supremo 004-99-JUS: "Segunda.- Modifícanse los artículos 423, incisos 3 y 4; 462, 463, 466, 470, 471, 472, 474, 475, 503, 526, 533 y 557 del Código Civil".

que afectan su ejercicio por los progenitores, en lo concerniente a su duración y a la extensión de sus facultades, representa un cambio sustancial que hace incompatibles ambas normatividades, conduciendo a una derogación de la normatividad civil antes que a una simple modificación de esta:

- El artículo 464, relativo a la limitación de la patria potestad por el juez hasta donde lo exija el interés de los hijos cuando la conducta de los padres no bastare para declarar la privación o producir la pérdida de la patria potestad, fue derogado por la primera disposición final del Código de los Niños y Adolescentes, decreto ley 26102.

- Como se advierte del tenor del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes, ley 27337 vigente, han variado las causales de suspensión de la patria potestad que contemplaba el artículo 466 del Código Civil.

Es pertinente especificar que la modificación de este último dispositivo fue declarada por la segunda disposición final del Código de los Niños y Adolescentes, decreto ley 26102, recogida por el artículo 83 de este mismo cuerpo de leyes y reiterada por el artículo 79 de su texto único ordenado.

Al precisar cuáles son las modificaciones que ha sufrido el artículo 466, cabe señalar que, primero el artículo 83 del Código de los Niños y Adolescentes; luego el artículo 79 del texto único ordenado del mismo código; y, finalmente, el artículo 75 del vigente Código de los Niños y Adolescentes, han considerado como casos que originan la suspensión de los padres en el ejercicio de la patria potestad las siguientes:

a) Algunas de las causales que el artículo 466 establecía para este efecto, es decir para la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, a saber la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil; la ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre; y la separación o divorcio de los padres, de conformidad con el artículo 340 del Código Civil;

b) Algunas de las causales que el artículo 463 establecía para la privación de la patria potestad, a saber: las de dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos (expresándolas de otro modo: "dar órdenes, consejos o ejemplos que corrompan a los niños" y "permitir la vagancia de los niños o dedicarlos a la mendicidad"); tratarlos con dureza excesiva (también expresada de otro modo: "por maltrato físico o mental"); y negarse a prestarles alimentos;

c) Una causal "nueva" o no considerada en el Código Civil: "haber sido condenado por delito en agravio del niño".

Así pues, el citado artículo 75 considera como casos que originan la suspensión de los padres en el ejercicio de la patria potestad: a) la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil; b) la ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre; c) dar a los hijos órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; d) permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; e) maltratarlos física o mentalmente; f) negarse a prestarles alimentos; g) la separación o divorcio de los padres, o la invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 del Código Civil.

- El artículo 462, que establece las situaciones en que se produce la pérdida de la patria potestad, fue modificado por la segunda disposición final del Código de los Niños y Adolescentes, decreto ley 26102, y del texto único ordenado del mismo código, recogiendo tal modificación en sus artículos 84 y 80, respectivamente, bajo la figura de la extinción.
- Para este artículo 462, en su texto primigenio, la patria potestad se perdía por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo.

En su artículo 77, modificado por la ley 27473 del 5 de junio del 2001, publicada en *El Peruano* de fecha 6 del mismo mes y año, el Código de los Niños y Adolescentes vigente consagra las causas por las que la patria potestad se extingue o pierde.

El análisis comparativo del texto de los artículos 462 y 77 citados permite establecer que las situaciones previstas en los incisos c) y d) de este último dispositivo constituyen causales por las que, según el artículo 462, tenía lugar la pérdida de la patria potestad. Se trata de la declaración judicial de abandono y de la condena por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de estos. No obstante, es necesario precisar que la descripción de tales situaciones ha experimentado una variación en el dispositivo más reciente, no existiendo, pues, absoluta coincidencia entre ambos textos legales.

- Por último, en cuanto concierne a las causas por las que se acaba la patria potestad se tiene que el artículo 461 del Código Civil consagraba como tales la muerte de los padres o del

hijo; el cese de la incapacidad del hijo, conforme al artículo 46; y el cumplimiento, por el hijo, de los 18 años de edad.

Este dispositivo fue modificado por el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes vigente que, como ya se ha advertido, consagra las causas por las que la patria potestad se extingue o pierde.

Un análisis comparativo de ambas normas posibilita determinar que las causas previstas por el artículo 461 del Código Civil, como aquellas por las cuales acaba la patria potestad, han sido recogidas en los incisos a) y f) del artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes vigente, modificado por la ley 27473. Se trata de la muerte de los padres o del hijo y del cese de la incapacidad del hijo conforme al artículo 46 del código sustantivo, precisándose que no existe absoluta coincidencia entre ambos textos legales.

Este artículo 77 ha incorporado una causal no considerada en el Código Civil: "reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo 75". En virtud de ello, también se extingue o acaba la patria potestad cuando el progenitor reincide en alguna de las siguientes conductas: dar órdenes, consejos o ejemplos que corrompan a sus hijos; permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; maltratarlos física o mentalmente; y negarse a prestarles alimentos.

- La figura relativa a la privación de la patria potestad, prevista en el artículo 463 del Código Civil, ha sido subsumida por el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes vigente entre los casos que originan la sus-

pensión de los padres en el ejercicio de la patria potestad.

- En el texto primigenio del artículo 345, reformado por la primera disposición modificatoria del texto único ordenado del Código Procesal Civil, decreto legislativo 768, el Código Civil regulaba lo relativo al régimen de la patria potestad en los casos de separación convencional, disponiendo como sigue:

En caso de separación convencional, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo, y 341.

En virtud del artículo 3 de la ley 27495 de fecha 6 de julio del 2001, publicada en *El Peruano* el sábado 7 del mismo mes y año, la norma en cuestión sufrió dos modificaciones igualmente trascendentes, como se advierte de su nuevo tenor.⁷

Se trata de: a) la inclusión de la separación de hecho, nueva causal de separación de cuerpos y de divorcio, como situación en la que el juez deberá también fijar, entre otros, el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad; y, b) la observancia, en cuanto sea conveniente, de los intereses de los hijos menores de edad y la familia o de lo que ambos cónyuges acuerden.

Ahora bien, el artículo 345 se ve complementado de modo necesario e ine-

ludible por aquella norma que determina el progenitor al que corresponde el ejercicio de la patria potestad en los casos de separación de cuerpos, divorcio o invalidación del matrimonio.

En efecto, el artículo 420 del Código Civil dispone que:

En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.

Esta norma ha sido modificada por el Código de los Niños y Adolescentes vigente, cuyo artículo 76, –intitulado “Vigencia de la patria potestad”– declara que, tratándose de los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad. Así pues, ocurre que –no obstante su carácter genérico y a consecuencia de la promulgación de esta última norma– la disposición del artículo 420 sustantivo ya citado ha sufrido una restricción en el ámbito de su aplicación.

Resultan de ello dos situaciones:

- en los casos de separación de cuerpos por causal, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro, mientras tanto, suspendido en su ejercicio;
- en los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en

7 “Artículo 345.- Patria potestad por separación convencional. En caso de separación convencional o separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo, y 341”.

el ejercicio de la patria potestad. Corresponde, pues, a ambos padres tal ejercicio.

- El artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes vigente ha modificado el artículo 471 del Código Civil.

Esta última norma dispone que los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que lo determinaron, precisando que la acción solo puede intentarse transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente, y que el juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor. A efectos de los casos de pérdida y suspensión, ella establece que los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que los motivaron.

Es pertinente mencionar, a modo de antecedente, que este artículo 471 sufrió una primera modificación en virtud del artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes promulgado por la ley 26102 y de su segunda disposición final.

Dicho artículo 85, reproducido por el artículo 81 del texto único ordenado del Código de los Niños y Adolescentes, disponía como sigue: "Los padres a los cuales se les ha suspendido del ejercicio de la patria potestad sobre el niño pueden pedir su restitución, cuando la causal que la motivó haya cesado. El Juez especializado deberá evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad según el interés superior del niño y adolescente".

Como se advierte del primer párrafo de su texto, las normas en cuestión limitaban al niño la solicitud de restitución del ejercicio de la patria potestad, excluyendo al adolescente.

Además, a diferencia del artículo del texto sustantivo, solamente se contraían a la restitución de la patria potestad en el caso de suspensión de su ejercicio, en tanto que aquel la hacía extensiva a las hipótesis de privación, limitación en su ejercicio, pérdida y suspensión.

Salvando la omisión en que habían incurrido las normas pertinentes de los cuerpos legales antes citados, el artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes actual dispone que:

Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la patria potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad en razón del principio del interés superior del niño y del adolescente.

Sin embargo, se ha mantenido el tenor de las normas anteriores en cuanto se refiere a posibilitar la restitución de la patria potestad únicamente en el caso de suspensión de su ejercicio, no así en las situaciones de privación, limitación en su ejercicio, pérdida y suspensión, sí contempladas por el artículo 471.

En este orden de ideas, es preciso señalar que:

- la figura de la limitación de la patria potestad, prevista por el artículo 464 del Código Civil, fue derogada por la primera disposición final del Código de los Niños y Adolescentes, decreto ley 26102;
- que la figura relativa a la privación de aquella, normada en el artículo 463 del Código Civil, ha sido subsumida por el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes vigente entre los casos que originan la suspensión de los padres en su ejercicio.

5. ¿RESULTA PERTINENTE SU REGULACIÓN EXCLUSIVA POR EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES?

Del análisis efectuado en las páginas que anteceden ha quedado establecido que tanto el Código Civil como el Código de los Niños y Adolescentes, en sus tres versiones, norman la figura de la patria potestad integralmente y de modo diferente –y aun opuesto– en muchos de sus artículos.

Siendo ello así, surge la inquietud relativa al cuerpo de leyes que debe regular la institución de la patria potestad.

Nos hallamos en presencia de tres hipótesis o alternativas:

- Si ella debe ser materia de regulación exclusiva por el Código Civil en razón de ser institución fundamental del derecho de familia y de contraerse esencialmente a la educación de los hijos, aspecto importante que constituye obligación mutua de los cónyuges por el hecho del matrimonio, junto con la de proveer sus alimentos, además de constituir –simultáneamente– derecho que asiste a quienes son padres, con independencia de si estos son casados entre sí, esto es prescindiendo de si se trata o no de una filiación matrimonial.
- Si su normatividad debe ser objeto de la legislación propia de los niños y de los adolescentes, habida cuenta de ser estos sujetos de derecho destinatarios, más aun beneficiarios, de la protección que brinda la figura, es decir en función del bien jurídico protegido por ella.
- Si debe ella ser objeto de regulación y de protección por ambos ordenamientos jurídicos dada su naturaleza de

deber-derecho que asiste tanto al varón como a la mujer, ordinariamente adultos, en su calidad de padres, como a los niños y adolescentes en su condición y rol de hijos.

Como idea que sirva de punto de partida a la cuestión planteada, es pertinente tener en consideración que, al regular el aspecto relativo a sus fuentes, el Código de los Niños y Adolescentes vigente dispone, en los párrafos segundo y final del artículo VII de su título preliminar, que:

En todo lo relacionado con los niños y adolescentes, las instituciones familiares se rigen por lo dispuesto en el presente Código y el Código Civil en lo que les fuere aplicable (...). Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código.

El tenor de esta norma amerita un comentario específico, siendo pertinente efectuar algunas precisiones con relación a su texto:

- Se trata de la aplicación supletoria de las normas del Código Civil a las instituciones familiares en todo lo relacionado, en ellas, con los niños y los adolescentes.
- Algunas de las normas del Código Civil relativas a la institución familiar de la patria potestad fueron modificadas por la primera disposición modificatoria del texto único ordenado del Código Procesal Civil, decreto legislativo 768, en tanto que otras lo fueron por el decreto ley 26102 de fecha 28 de diciembre de 1992 que aprobó el Código de los Niños y Adolescentes.
- En realidad, como se aprecia del análisis comparativo de dichas normas así como del tenor del segundo párrafo del artículo I del título preliminar del

Código Civil, se trata de la derogación de las normas de este; no obstante ello, el decreto legislativo 768 y el decreto ley 26102 aluden a dichas normas como "modificadas".

- En efecto, el tenor actual de ambos cuerpos de leyes evidencia que tanto el texto único ordenado del Código Procesal Civil, decreto legislativo 768, como el primer Código de los Niños y Adolescentes, habría producido la derogación de algunas de las disposiciones del Código Civil relativas a la institución familiar de la patria potestad, dada la incompatibilidad entre ambas o la regulación integral de la materia de la norma anterior por la nueva.

En este orden de ideas, y en cuanto concierne a la inquietud planteada en las líneas precedentes, resulta pertinente la consideración de los siguientes aspectos:

- La naturaleza sustantiva, propia tanto del Código Civil como del Código de los Niños y Adolescentes.
- La educación de los hijos, aspecto importante de la institución que nos ocupa, que constituye obligación mutua de los cónyuges por el hecho del matrimonio.
- La característica esencial de la patria potestad de contener y/o posibilitar actos que constituyen, de modo simultáneo y paralelo, deberes y derechos tanto de los padres que la ejercen como de los niños y adolescentes que, en función del bien jurídico protegido, son destinatarios de la protección que brinda la figura, más aún, beneficiarios de ella.

CONCLUSIONES

- Como corolario necesario de las ideas expuestas, estimamos que la regulación de la patria potestad debiera ser efectuada por el Código Civil en forma exclusiva.
- No obstante, y sin perjuicio de ello, atendiendo al régimen vigente desde hace ya algunos años, su normatividad debiera corresponder a los códigos Civil y de los Niños y Adolescentes, en forma complementaria. A diferencia de esta propuesta, este último código dispone la aplicación supletoria de las normas del primero relativas a las instituciones familiares en todo lo relacionado con los niños y adolescentes.
- Así, en virtud de la propuesta que se formula, el Código Civil asumiría la normativa referida a la patria potestad como obligación mutua de los cónyuges por el hecho del matrimonio y, asimismo, como deber-derecho de quienes son padres, con exclusión de la circunstancia de ser ellos casados o no entre sí, esto es, prescindiendo de si se trata o no de una filiación matrimonial.
- Se trataría, en consecuencia, de disposiciones que contengan los principios o enunciados generales de la institución así como de normas referidas a otras figuras del derecho de familia que tengan alguna incidencia respecto de aquella, como las que se indica a continuación:
 - Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y los bienes de sus hijos niños y adolescentes.
 - Ella se ejerce conjuntamente por el padre y por la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.
 - En los casos de decaimiento del vínculo matrimonial o conyugal, como la separación de cuerpos por causa, el divorcio o la invalidación del matrimonio, el cónyuge a quien se confían los hijos ejerce la patria potestad, quedando el otro, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.

- En la separación convencional y el divorcio ulterior ninguno de los padres queda suspendido en tal ejercicio.
- Tratándose de hijos extramatrimoniales, la patria potestad se ejerce o por el padre o por la madre, según quien los haya reconocido.
- Si este hijo ha sido reconocido por ambos padres, corresponde al juez del niño y el adolescente determinar a cuál de ellos corresponde la patria potestad, atendiendo para ello a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de que los padres vivan juntos o separados, y, en todo caso, a los intereses del menor, entiéndase niño o adolescente.
- En todos los casos en que un hijo no se halle bajo la patria potestad de su padre o de su madre, este progenitor tiene derecho a conservar con dicho hijo las relaciones personales indicadas por las circunstancias.
- El segundo código contendría la regulación de los demás aspectos relativos a la patria potestad y a su ejercicio. Como se aprecia de su contenido, estas disposiciones regularían aspectos de detalle de la institución:
 - Los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad respecto de los niños y adolescentes que son sus hijos.
 - Los aspectos relativos a la administración y usufructo del patrimonio de los hijos.
 - Los casos de suspensión de la patria potestad: a) por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil; b) por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre; c) por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; d) por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; e) por maltratarlos física o mentalmente; f) por negarse a prestarles alimentos; g) por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con el Código Civil.
- Los supuestos en que la patria potestad se extingue o pierde: a) por muerte de los padres o del hijo; b) porque el adolescente adquiere la mayoría de edad; c) por declaración judicial de abandono; d) por haber sido condenado el padre por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de estos; e) por reincidir en darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan, permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad, maltratarlos física o mentalmente; y negarse a prestarles alimentos; f) por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46 del Código Civil.
- La solicitud, por los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la patria potestad, para su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad en razón del principio del interés superior del niño y del adolescente.
- La solicitud, por los padres, ascendientes, hermanos, responsables o cualquier persona que tenga legítimo interés, para la suspensión o la pérdida de la patria potestad. La decisión del juez especializado, en cualquier estado de la causa, relativa a poner al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuera necesario, con conocimiento del Ministe-

rio Público. El juez fijará en la sentencia la pensión de alimentos con que debe acudir el obligado. Cuando el niño o el adolescente tiene bienes propios, el juez procederá según las normas contenidas en el Código Civil.

- La sistemática propuesta, consistente en la aplicación conjunta y complementaria de ambos cuerpos de leyes, posibilitará la consolidación de la normatividad relativa a las instituciones familiares vinculadas con los niños y los adolescentes; permitirá el tratamiento concreto y específico de todas las situaciones vinculadas con estos sujetos de derecho, con las ventajas que trae consigo; y, al mismo tiempo, eliminará la confusión en el tratamiento legal de la institución, originada por la existencia de normas de igual rango que legislan de modo distinto, opuesto y aun contradictorio una misma institución.

Ello a diferencia de la disposición vigente contenida en el artículo VII del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, de la que resulta la aplicación supletoria del Código Civil con la particular circunstancia de quedar así este reducido a ella, junto con los códigos Penal, Procesal Civil y Procesal Penal, no obstante que, desde siempre, la regulación de la patria potestad y de las demás instituciones familiares ha sido privativa del derecho civil y de este código sustantivo.