

LA AUSENCIA Y LA PATRIA POTESTAD¹

por

Luis Moisset de Espanés

SUMARIO:

I.- Introducción.

II.- Ausencia calificada y patria potestad:

- a) Presunción de fallecimiento.
- b) Ausentes con bienes en estado de abandono.
- c) Ausentes de domicilio ignorado.

III.- El fallo que comentamos.

IV.- Conclusiones

I.- INTRODUCCIÓN

La "ausencia" de una persona puede originar múltiples problemas jurídicos y hace necesario que el legislador se ocupe de ellos, a veces para proteger los intereses del ausente; otras para extraer de ese hecho la presunción de su fallecimiento y hacer que los bienes sean entregados a sus herederos; otras, en fin, para proteger a terceros a quienes la ausencia del sujeto ha dejado desvalidos.

Las hipótesis más importantes de ausencia "calificada" son aquellas en que la falta prolongada de noticias hace creer que el sujeto debe haber fallecido; o en que, aunque no se presume su muerte, existen bienes en estado de abandono. En nuestro ordenamiento jurídico ambas están reguladas por la ley 14.394.

Cuando una persona está ausente y solamente se ignora su domicilio -sin que

¹ El presente trabajo toma en cuenta el fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Paraná, sala II, de fecha 15 de abril de 1982, recaído en autos "R., R. c/ A., A. s/suspensión de patria potestad", cuya doctrina sostuvo que la suspensión del ejercicio de la patria potestad procede en el caso de ausencia, ya que sería incompatible con su ejercicio real y efectivo una situación en la que no es posible comunicarse con la persona del menor, ni dirigir sus actos.

ello haga pensar en su muerte, ni sea necesario cuidar bienes que ha dejado abandonados- las previsiones legales se enderezan más bien a determinar la forma de citarlo o notificarle providencias judiciales, y proveer a su defensa en el caso de que no comparezca.

Finalmente, los casos de "simple no presencia" del sujeto no suelen tener tanta repercusión, pues si se conoce donde se halla casi siempre será posible comunicarse con él, y en tal caso su incomparecencia es más bien producto de una actitud deliberada, que en muchos casos significará verdadera "rebeldía".

II.- Ausencia calificada y patria potestad

a) Presunción de fallecimiento

La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento no sólo provocará que se abra el juicio sucesorio del presunto fallecido, sino que también tendrá como consecuencia que se extinga la patria potestad que tenía sobre sus hijos menores.

En este caso la ley estima que el ausente ha fallecido, y no se concibe que un muerto ejerza la patria potestad; es cierto que en la ley 14.394 no hallamos norma expresa sobre el punto, ya que su articulado se ocupa principalmente de los aspectos patrimoniales; pero la ley está inspirada por una idea central: considerar muerta a esa persona ausente, y todos sus dispositivos tienden a equiparar una y otra situación. Resulta, pues, plenamente aplicable el inciso 1º del artículo 306 del Código civil, que prevé que la patria potestad se acaba por la muerte de los padres.

Corresponderá, en consecuencia, que asuma la patria potestad la madre (si el presunto fallecido fuese el padre), o que se designe a los menores un tutor (si faltasen ambos progenitores, o el que queda vivo fuese incapaz).

Creemos que aquí podrían distinguirse dos hipótesis:

a) si el ausente fuese el padre, y la patria potestad hubiere pasado a la madre de los menores, y luego reapareciera el padre a quien se consideraba fallecido, no será menester ningún trámite para que él reasuma las facultades inherentes a la patria potestad, como tampoco fue necesaria ninguna resolución judicial para que la madre lo reemplazara, cuando se declaró su fallecimiento presunto².

b) Si se hubiera discernido un tutor a los hijos menores, la reaparición del padre no

². En la actualidad, después de las reformas introducidas por la ley 23.264 que estableció la patria potestad "compartida" por ambos progenitores, lo aquí escrito es aplicable a la desaparición de cualquiera de ellos.

provocará de manera automática la recuperación de la patria potestad, sino que deberá peticionarla al juez que había discernido la tutela y éste -previa una sumaria verificación de identidad personal- deberá dictar la sentencia que ponga fin a la tutela y emplace nuevamente al padre en el ejercicio de la patria potestad.

b) Ausentes con bienes en estado de abandono.

La segunda hipótesis de "ausencia calificada" prevista por la ley 14.394 se refiere a personas cuyo paradero se ignora y han dejado bienes que corren peligro de menoscabarse, sin que exista alguien con poderes suficientes para cuidar adecuadamente de esos bienes.

La hipótesis, prevista en los artículos 15 a 20 de la mencionada ley 14.394, se ocupa exclusivamente de aspectos patrimoniales, y la doctrina llega incluso a señalar que el factor determinante no es tanto el desconocimiento del lugar en que se encuentra el sujeto, sino la falta de posibilidad de que provea al cuidado de esos bienes; por eso, aunque se carezca de noticias, la existencia de un mandatario con poderes suficientes bastará para que no se designe un curador a esos bienes.

Las características especiales de esta hipótesis legal hacen que no tenga, por sí sola, repercusión en el ámbito de las potestades familiares.

c) Ausentes de domicilio ignorado.

En el primer caso que analizamos la falta de noticias llevaba a presumir la muerte del sujeto; en el segundo caso, aunque el artículo 15 de la ley 14.394 hable también de "falta de noticias", la circunstancia relevante es la existencia de un patrimonio que necesita cuidados, y el hecho de que el ausente no puede atenderlo.

Ahora nos planteamos un supuesto de hecho diferente: la ignorancia de su domicilio o paradero. Puede no saberse donde se encuentra la persona, y sin embargo tenerse periódicamente noticias de que está viva, y en tal caso no corresponderá declarar su presunto fallecimiento; puede ignorarse el domicilio del sujeto, pero haber dejado una persona que administre sus bienes, y no corresponderá designar un curador a esos bienes, que no están abandonados.

Pero si la persona está ausente, y se ignora su domicilio, no es factible que ejercite debidamente la patria potestad, ni cuide adecuadamente sus hijos, proveyendo lo

necesario a su educación y formación moral.

El ejercicio de la patria potestad es un derecho, pero al mismo tiempo es un deber indelegable, que no puede hacerse efectivo por medio de terceras personas, mandatarios o apoderados. Por eso ya el Código civil ³, en su artículo 310, había previsto la ausencia de los padres como causal de "suspensión" de la patria potestad, solución que a partir de las modificaciones que introdujo la ley 10.903 ha quedado incorporada al artículo 309, con la aclaración de que dicha alusión a la ausencia se refiere a los casos en que se "ignora el paradero" de los padres, para que no vaya a pensarse que la mención de la "ausencia" remitía a la hipótesis de los "ausentes con presunción de fallecimiento", ya que en tal caso -como lo hemos dicho- lo que corresponde es la cesación de la patria potestad, y no su suspensión ⁴.

Por nuestra parte entendemos que también corresponde se proceda a la suspensión de la patria potestad en aquellos casos en que, pese a conocerse el paradero del ausente, éste se encuentra imposibilitado de comunicarse o regresar; por ejemplo, se encuentra como prisionero de guerra en un campo de concentración en territorio enemigo. En tal caso, aunque se sepa que el padre vive, y se conozca su paradero, las circunstancias impiden que ejerza de manera adecuada la patria potestad, y la suspensión no tendrá el carácter de sanción, sino la finalidad suprema de proteger los intereses de los menores, para que no queden desamparados por la ausencia del padre.

III.- El fallo que comentamos

El resumen del fallo del tribunal entrerriano habla de "simple ausencia" -no sabemos si es o no reproducción textual de algún párrafo de la sentencia- pero lo hace refiriéndose a casos en que esta "no presencia" del sujeto le torna imposible el "ejercicio real y efectivo de la patria potestad".

Esta última nota es la que realmente justifica la suspensión, tanto o más que la ignorancia del paradero del ausente. En tal sentido la resolución es elogiada, no por el giro empleado ("simple ausencia"), sino por el alcance concreto que da a esa expresión.

El intérprete ha procurado indagar la finalidad perseguida por la ley, llegando a

³. Nos referimos a la redacción originaria que dió Vélez Sársfield a esa norma: "Art. 310.- La patria potestad se suspende por ausencia de los padres, ignorándose la existencia de ellos, y por su incapacidad mental".

⁴. La ley 23.264 ha reformulado el artículo 309, cuyo primer párrafo actualmente dispone:
"El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada conforme a los arts. 15 a 21 de la ley 14.394...".

la conclusión de que la "ignorancia del domicilio" del sujeto ausente interesa en cuanto es un índice demostrativo de que no se ejercita ni se puede ejercitar la patria potestad.

No se debe, sin embargo, ir más lejos en esta interpretación "extensiva" de la norma, ni pretender que se comprendan en ella otras ausencias "más simples", de carácter temporal o esporádico, que no impiden en manera alguna al sujeto cumplir con las obligaciones inherentes a su condición de padre, y no justificarían, por tanto, se lo suspenda en el ejercicio de la patria potestad.

"Simple ausencia", por ejemplo, puede ser la del padre de profesión ingeniero, que tiene que trasladarse por varios meses a trabajar en la construcción de un dique en la Patagonia, o en el Alto Paraná, y deja a los hijos con la madre, o los abuelos. En tal caso, ni se ignora su domicilio, ni ha descuidado sus deberes, ni puede suspenderse la patria potestad. "Simple ausencia" es la del soldado, incorporado a su regimiento en tiempos de amenazas para el país, cuyo destino -por razones de seguridad militar- no se conoce, y pese a ignorarse momentáneamente su paradero, y a carecerse por algún tiempo de noticias, tampoco corresponde que se lo prive de la patria potestad. En estos casos de "simple ausencia" ni se debe sancionar al padre suspendiéndolo en el ejercicio de la patria potestad, ni es necesaria tal medida para proteger al hijo; para que ella proceda, la ausencia tiene que ser algo menos simple, y presentar características tales que, como bien dice el fallo, hagan que "no sea posible comunicarse con la persona del menor, y mucho menos dirigir sus actos".

IV.- Conclusiones

1) La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento hace concluir la patria potestad.

2) Si el presunto fallecido reaparece, deberá reasumir la patria potestad de los hijos menores.

3) La suspensión de la patria potestad es procedente cuando se ignora el paradero del ausente.

Se justifica también la suspensión de la patria potestad, aunque sea conocido el paradero de los padres, cuando existan circunstancias tales que les impiden ejercer real y efectivamente sus facultades.

4) En estos casos la suspensión de la patria potestad no significa una sanción al padre ausente, sino una medida destinada a tutelar los intereses de los menores.

Ver nuestro: "El matrimonio de los menores y la autorización paterna", A.D.C., 1983, IV, p. 1517: "Se consideraba tan importante la venia paterna, que la sola ausencia del progenitor llegaba a impedir que se celebrase el matrimonio, lo que fue mitigado luego, admitiendo que si la ausencia excedía de tres años ya no se requería el asentimiento ¹. Digesto 23.2.9: "... El hijo del que cayó prisionero del enemigo, si su padre no vuelve en un plazo de tres años, puede contraer matrimonio (Ulpiano)".

Digesto 23.2.10: "Cuando el padre está ausente y se ignora su paradero, se duda con razón qué debe hacerse. Y si transcurren tres años ignorándose dónde está y si vive, no se prohíbe que sus descendientes de ambos sexos contraigan matrimonio (Paulo)".⁵

1. Digesto 23.2.9: "... El hijo del que cayó prisionero del enemigo, si su padre no vuelve en un plazo de tres años, puede contraer matrimonio (Ulpiano)".

Digesto 23.2.10: "Cuando el padre está ausente y se ignora su paradero, se duda con razón qué debe hacerse. Y si transcurren tres años ignorándose dónde está y si vive, no se prohíbe que sus descendientes de ambos sexos contraigan matrimonio (Paulo)".