

LA CONFORMIDAD MATERNA DEL ARTÍCULO 254 Y LA AUTORIDAD DE LOS ABUELOS

**OSVALDO F. PITRAU
GUSTAVO O. LÓPEZ FUSTER**

1. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE ESTADO (ARTÍCULO 254)

El art. 254 del Cód. Civil, después de la reforma introducida por la ley 23.264, establece que el hijo es el titular de la acción de reclamación de filiación matrimonial, siendo sus padres los legitimados pasivos de ella en litisconsorcio necesario.

En el supuesto de reclamación de filiación extramatrimonial, los hijos también son los legitimados para accionar contra el presunto padre o madre (art. 254, párr. 3º).

Si el hijo es menor de edad, la acción de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial puede ser ejercida por su representante legal, sea su madre, padre, tutor o los tutores abuelos del art. 264 bis, parte, 2ª, según los casos. En cambio, no puede ejercer esta acción, directamente, el Ministerio Público de Menores.

2. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL ARTÍCULO 255

Esta disposición no se encontraba en el proyecto de los senadores Menem y Sánchez, así como tampoco en el anteproyecto de Belluscio. La innovación emerge de las observaciones que hiciera sobre los citados proyectos la doctora Cecilia Grosman. La norma amplía las facultades del Ministerio de Menores, en el supuesto de menores inscriptos

como hijos de padres desconocidos. Al respecto, sostenía la doctora Grosman que, "el principio de igualdad en la responsabilidad paterna, nazcan los hijos dentro o fuera de matrimonio, sólo puede ser asegurado si se facilita y apoya la determinación de la filiación extramatrimonial"¹. Para lograr esta pretensión se faculta al Ministerio a citar a los interesados para procurar el reconocimiento del hijo, y en su defecto promover la acción judicial.

El proyecto que aprobara la comisión senatorial, en su art. 255, quedó redactado de la siguiente manera: "En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien citará a la madre a fin de procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente"².

Esta redacción mereció las observaciones críticas de los senadores Martiarena y De la Rúa, que sostuvieron que en dicha norma se producía una injerencia en el ámbito íntimo de las personas, pudiendo derivarse en abusos y situaciones molestas. Por otro lado, al tratarse de circunstancias personales muy delicadas, se podría correr el riesgo de iniciar acciones que la madre no tiene intención de promover. Por todo lo cual se incluyó, a solicitud del senador Martiarena, la exigencia de conformidad expresa de la madre. Con este agregado se respeta el espíritu de la redacción original, aunque se haya limitado el accionar del Ministerio de Menores.

Analizado en revisión en la Cámara de Diputados, el art. 255 quedó redactado tal como fue después promulgado, desapareciendo la exigencia de citación de la madre, argumentándose que dicho requerimiento podría ser contrario a la libertad de la madre y ésta podría verse, en cierta forma, obligada a denunciar el nombre del padre.

La Cámara de Senadores, finalmente, aceptó esta supresión y el texto definitivo y vigente es el siguiente: "En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promo-

¹ Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1984-2294.

² Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1984-2253.

ver la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo".

a) Legitimación activa

Se trata de una hipótesis de reclamación de estado filial extramatrimonial. En todos los casos en que aparece un menor inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil es el encargado de comunicar el hecho al Ministerio Público, estando éste obligado a procurar la determinación de la paternidad, y establecida la identidad del padre, a obtener el reconocimiento. Sin embargo, sin la colaboración de la madre, proporcionando datos sobre la persona del padre, es muy difícil que el Ministerio pueda cumplir su cometido. A pesar de ello, pensamos que la madre puede o no comparecer, ante la citación del Ministerio, de manera que no está obligada a presentarse, y en caso de hacerlo podrá o no dar los datos sobre el presunto padre³.

Si el Ministerio de Menores no logra individualizar al padre del hijo no reconocido, deberá archivar las actuaciones. En el caso de obtener la determinación de la identidad paterna, procurará concretar el reconocimiento del menor. De resultar infructuosa esta gestión, el Ministerio está habilitado para iniciar la acción de filiación, siempre y cuando la madre manifieste expresa conformidad para proceder judicialmente.

De manera que la legitimación activa de esta acción, en el supuesto del art. 255, en principio la tiene el hijo, después la madre, como representante legal (o en su caso el tutor o los tutores abuelos del art. 264 bis), y finalmente el Ministerio Público de Menores, que representará al menor, iniciando el juicio de filiación, después de haber superado el trámite extrajudicial y de haber obtenido el correspondiente asentimiento de la madre.

b) Titularidad de la acción y conformidad materna

La conformidad de la madre es un presupuesto de la acción que ha de entablar el Ministerio Pupilar. Es un requisito esencial para iniciar la demanda; por lo tanto, queda configurado un litisconsorcio necesario impropio, entre el

³ Bozzari, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A. Régimen legal de filiación y patria potestad, Bs. As., Astres, 1983, p. 145.

Ministerio y la madre, ya que a pesar de que aquél sea aparentemente el titular del accionar judicial, el mantenimiento de la conformidad materna durante todo el proceso será un elemento indispensable para llevar adelante el juicio de filiación, en el cual la madre será parte actora junto al Ministerio Pupilar⁴.

c) Litisconsorcio activo necesario y desistimiento materno

En el apartado anterior afirmamos que en este caso hay un litisconsorcio necesario activo entre el Ministerio y la madre. Consecuencia de ello es que ante el desistimiento del proceso por parte de la madre, faltará ese requisito indispensable de la conformidad materna, y el Ministerio no podrá seguir adelante con el juicio filiatorio.

Este tema del desistimiento materno fue objeto de discusión en las jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal, que tuvieron lugar en octubre de 1988. En tal oportunidad en la Comisión de Filiación y Patria Potestad no se logró un despacho unánime; en aquel momento sostuvimos que el Ministerio "no está legitimado para proseguir la acción, si la madre desiste del proceso con posterioridad"⁵.

3. LA CONFORMIDAD MATERNA DEL ARTÍCULO 255

a) Antecedentes y fundamentos

En la crítica que hizo el senador De la Rúa a la redacción originaria del art. 255, se decía que la invasión "en forma indebida a la esfera de intimidad, se presta a que se ejerzan

⁴ Bossert - Zannoni, Régimen legal, p. 146.

⁵ Al no lograrse un despacho unánime, se redactaron tres despatches de Comisión.

Despacho n° 1: "Es obligatorio para el Ministerio Público promover la acción que prevé el art. 255 cuando la madre presta su conformidad expresa. No obstante su desistimiento posterior, el Ministerio Público debe continuarla" (sostuvieron este despacho los doctores Carraro, Velasco, Oldano, Levy, Wagmeister, Illigo, Talliengo de Filippo, Arribas, García de Ghilino, Bisaro y el Instituto de Derecho Civil de Junín).

Despacho n° 2: "El Ministerio Público que debe iniciar la acción que prevé el art. 255 del Código Civil sólo mediante conformidad expresa de la madre, no está legitimado para proseguirla si esta desiste del proceso con posterioridad" (sostuvieron este despacho los doctores Medina de Flores, Pitrau, Zannoni, Lloveras, Morello de Ramirez, Alliney y Vivaz de Saait).

Despacho n° 3: "Adhiere al despacho n° 1 con la salvedad de que el Ministerio Público puede o no continuar la acción en el caso" (sostuvo este

presiones y que los males que cause sean mayores que el bien que se persigue"¹. Seguía diciendo el senador De la Rúa que "hay que respetar el derecho de la madre a reservar el nombre del progenitor del hijo. Quizá lo haga respetando la existencia de un hogar constituido o de una relación que se quiere olvidar o reservar. Estamos en el sagrado recinto de las acciones privadas del art. 18 de la Const. Nacional"². Y tenemos que estar de acuerdo en que la madre puede verse violentada y forzada a tomar una determinación que posiblemente deseaba evitar. Afirmaba el senador De la Rúa: "Imaginemos no el ambiente un poco anónimo de la Capital Federal y pensemos en cambio en el más pequeño, más íntimo de una ciudad o pueblo del interior"³. Podría ocurrir que la madre no quisiera iniciar la acción y el Ministerio se hubiese lanzado a la búsqueda del padre, obteniendo su determinación; aun en este caso la madre podrá negarse a prestar su colaboración y asentimiento. "En la redacción originaria, el Ministerio podía, no obstante la voluntad contraria de la madre, promover la acción, a pesar de que dicha negativa podía tener fundadas razones, como, por ejemplo, la duda sobre la identidad del padre, supuesto bastante frecuente (*exceptio plurium concubentium*) con lo cual se corre el riesgo de atribuir paternidad a personas ajenas.

Teniendo en cuenta estos peligros y razonamientos, De la Rúa promovía la lisa y llana supresión del art. 255; el senador Martiarena, se sumó a los conceptos del senador De la Rúa, pero propuso que se mantuviera la norma con el agregado de la conformidad materna. De esta manera quedan sin efecto las críticas del senador De la Rúa, ya que nadie es más indicado que la madre para determinar la oportunidad de la interposición de una demanda de filiación en favor de su hijo.

b) El sentido de la conformidad materna

Hemos visto cómo la venia materna es requisito esencial para que el Ministerio Pupilar sea representante judicial del menor, en el supuesto del art. 255.

despacho del doctor Abel Floras Ortiz de Rosas). Conf. Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, octubre 1986). Conclusiones Finales de la Comisión n° 1 de Educación y Patria Potestad, presidida por el doctor Zannoni.

¹ Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1984-2244.

² Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1984-2244.

³ Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1984-2244.

El sentido de este asentimiento puede ser limitar o restringir el accionar del Ministerio, resguardando la esfera íntima del ámbito familiar. Sin embargo, hay un significado mucho más importante que asignar a esta conformidad, y es el de convertir a la madre en protagonista y legítima administradora de la pretensión filiatoria de su hijo.

Por supuesto que la actuación del Ministerio es loable y beneficiosa para el menor, ya que posee mayores medios que la madre para localizar al padre y lograr su reconocimiento. Pero aun en su situación de desamparo y soledad, esa madre soltera —que quizá tuvo una actitud valiente al tener a su hijo— sigue siendo la figura central en este difícil trance que sobrelleva junto a su vástago, y por tanto, será la encargada de dar el juicio de oportunidad respecto de la determinación de la paternidad y del reconocimiento filiatorio. Hubiera sido muy injusto dejar de lado a esa madre, autorizando el libre accionar del Ministerio.

Con la inclusión de la conformidad del art. 255, esa madre se hace presente y junto al Ministerio con su colaboración inestimable, van en busca del bienestar del menor.

c) La venta del artículo 255, en principio está limitada a la madre

La principal razón de este aserto está dada por el propio texto legal, que no habla de "representante legal", sino exclusivamente de "la madre". Por otra parte, es justo que así sea, ya que nadie más que ella es concedora de las circunstancias que rodean su maternidad —durante la concepción y nacimiento—, así como de las actitudes del padre.

¿Podría otra persona dar esta conformidad? En principio deberíamos responder que no; ya que se trata de una circunstancia muy especial, situada en lo más íntimo del ámbito familiar.

Toda la argumentación que sostiene la exigencia de asentimiento materno como limitación a las facultades del Ministerio, se derrumba si en vez de la madre colocamos al tutor dando conformidad. No habría una diferencia cualitativa prevalectante entre el criterio del tutor y el del Ministerio Pupilar, ya que ambos son terceros, ajenos a los hechos, y aunque pueden conocer acabadamente el ámbito familiar de la madre soltera, es muy probable que no hayan tenido contacto directo y relación íntima con los acontecimientos.

Por eso la ley ha colocado únicamente a la madre como titular de la conformidad, y aquí se podría argumentar que el

tutor puede en ciertos casos, quizás en la mayoría de ellos, ser pariente de la madre; puede ser uno de los abuelos del niño, puede haber tenido contacto con el nacimiento, puede ser una persona ligada sanguíneamente al menor y a su madre; todo esto es cierto, pero también hay que considerar que el tutor puede también ser una persona que no reúna todas esas características; puede ser un extraño a la familia, y en este caso podría correrse el riesgo de que una persona que ejerce la tutela del menor, pero que no es pariente de él, pueda hacer valer su criterio en forma prevaleciente frente a otro tercero, como el Ministerio de Menores.

Ante una situación jurídica como ésta, la ley puede tomar una solución amplia, legitimando a todos los representantes del menor para dar la venia del art. 255, y estudiar después en cada caso particular si se trata de un tutor pariente, de un tutor abuelo o de un tutor tercero, para decidir el juez quiénes estarían legitimados. Nuestra ley de reformas ha optado por otra solución, restringiendo el asentimiento a la madre, ya que su criterio prevalece cualitativamente frente al Ministerio de Menores; en cambio, el del tutor puede o no prevalecer según los casos. Precisamente para evitar la posibilidad de una solución disvaliosa, se cierra esa alternativa y se impide al tutor ser titular de la conformidad del art. 255.

Sin embargo, si estudiásemos a fondo la reforma, encontráremos un nuevo personaje, que comparte muchas de las características de la madre y podría a nuestro entender ser titular alternativo o supletorio del asentimiento materno: el tutor abuelo del art. 264 bis, parte 2ª.

El peligro que el legislador quiere evitar al restringir el asentimiento a la madre y excluir al tutor, no existe con referencia a los tutores abuelos del art. 264 bis, parte 2ª. En este caso hay un requisito básico: ser abuelo, lo cual asegura vínculo sanguíneo y estrecha relación. Por otro lado, el instituto del tutor abuelo del art. 264 bis tiene como ámbito de aplicación el de los padres menores de edad, supuesto en el cual la figura de los abuelos se agiganta, más aún en el caso que nos ocupa, el de la madre soltera, si ésta fuera menor de edad.

De manera que tratáremos de establecer si en esta especial situación de la madre soltera menor de edad, los abuelos maternos en ejercicio de la autoridad que les concede el art. 264 bis, pueden dar o negar el asentimiento del art. 255 del Cód. Civil.

4. ESPECIAL SITUACIÓN DE LA MADRE SOLTERA MENOR DE EDAD

En este caso la posición de la madre abandonada por el padre, se hace mucho más difícil, ya que a todos los problemas antes descriptos la madre tiene que sumarle su propia incapacidad, pues el hecho de haber sido madre no la emancipa, y continúa bajo la patria potestad de sus padres.

El problema de la madre soltera menor de edad en nuestro país se ha agravado y se ha generalizado tanto en ambientes rurales como urbanos. Ante esta realidad social insoslayable, ha reaccionado el legislador y el art. 264 bis, parte 2^a, ha incluido el instituto de la autoridad de los abuelos para amparar a los descendientes de la hija-madre menor de edad.

Los abuelos del art. 264 bis tienen un doble ejercicio de la patria potestad, sobre su hija y sobre su nieto, ya que es un hecho generalizado que la madre soltera menor de edad, busque refugio en casa de sus padres, donde también halla protección su pequeño hijo.

5. LA MADRE SOLTERA MENOR DE EDAD Y LA CONFORMIDAD DEL ARTICULO 255

La madre menor de edad, a pesar de su incapacidad para obrar, tiene la titularidad de la patria potestad³.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad, los padres menores de edad, en principio, son incapaces de obrar (arts. 54, inc. 2^a y 55, Cód. Civil), por lo cual no podrán ejercer la autoridad de los padres.

Corresponde diferenciar la posición en que se encuentran los menores adultos, respecto de los menores impúberes.

Los menores adultos tienen la tenencia de sus hijos; en cuanto a la representación extrajudicial son incapaces de suscribir negocios jurídicos; sin embargo, parte de la doctrina ha considerado que hay una excepción al principio de incapacidad, por aplicación de la norma del art. 1897 del Cód. Civil, que permite al menor adulto el ejercicio de la representación voluntaria y la posibilidad de aplicar supleto-

³ Méndez Costa, María J., *Hijos extramatrimoniales de padres menores de edad*, LL, 1989-A-1023.

riamente el régimen del mandato a la representación paterna (art. 1870, inc. 1º, Cód. Civil), compatibles con la singularidad y especial reglamentación del derecho de familia¹⁰. En lo referente a la actuación judicial, algunos autores sostienen que se aplica el mismo razonamiento que para la actuación extrajudicial, y por tanto, los padres menores de edad podrán actuar en juicio representando a sus hijos sin ningún recaudo especial¹¹. Otros doctrinarios afirman que el padre menor de edad adulto requiere autorización de su propio padre¹² o del juez¹³. La jurisprudencia no es uniforme, habiendo fallos en uno y en otro sentido¹⁴.

Los padres menores impúberes, en cambio, tienen una incapacidad absoluta para obrar, de manera que a pesar de ser titulares de la patria potestad¹⁵, sólo pueden exteriorizar dicha condición mediante actos voluntarios ilícitos que pueden ejercer, tienen vedado todo acto jurídico judicial o extrajudicial. La falta de madurez de estos menores, que determina su incapacidad, no desaparece por ser padres.

Por lo tanto, la madre soltera menor de edad adulta tendrá una incapacidad relativa; en cambio, la madre soltera menor impúber será incapaz absoluta para ejercer los actos de autoridad paterna.

Situados ante la facultad de conformidad materna del art. 255 por parte de una madre menor de edad adulta o impúber, podemos imaginar varias posibilidades:

a) Que la madre, por ser menor de edad, no pueda dar el asentimiento del art. 255 y que no haya otro legitimado para hacerlo. De manera que ante la falta de venia por incapaci-

¹⁰ Méndez Costa, *Hijos extramatrimoniales de padres menores de edad*, LL, 1980-A-1021; Buzan, Eduardo A., *Código Civil anotado*, Bs. As., Ediar, 1944, comentario al art. 233, n° 4.

¹¹ Méndez Costa, *Hijos extramatrimoniales de padres menores de edad*, LL, 1988-A-1032.

¹² Spota, Alberto G., *Tratado de derecho civil argentino. Parte personal*, Bs. As., Depalma, 1947-1958, t. I, p. 121, nota 238. Afirma que el menor puede ser autorizado por el padre o por el juez, dando al menor en este caso un tutor especial.

¹³ Buzan, *Código Civil anotado*, comentario al art. 234, n° 31. Este autor estima exigible la autorización judicial prevista en el art. 235 original del Código relativo a los emancipados.

¹⁴ Se admitió la actuación judicial de la madre menor con autorización judicial en CCiv2º Cap. 20º/1037, LL, 8-403. Se admitió la actuación del padre de la madre menor en CNCiv, Sala D, 17/11-60, LL, 100-671.

¹⁵ D'Antonio, Daniel H., *Patria potestad*, Bs. As., Astrea, 1978, p. 67.

dad, podemos inferir que el Ministerio podrá actuar libremente, o por el contrario, que se verá imposibilitado en su accionar hasta que la madre menor tenga plena capacidad. Pensamos que de derivarse el libre accionar del Ministerio, cabrían todas las críticas ya apuntadas, y de impedirse el actuar del Ministerio hasta la capacidad materna, se podría llegar a perder la posibilidad de determinar quién es el padre, ya que el paso del tiempo conspiraría en contra de la obtención del reconocimiento paterno. Ninguna de estas consecuencias parece haber sido querida por el legislador.

b) Que la madre, aun siendo menor de edad, pueda realizar la expresión válida del asentimiento como acto excepcional. Este supuesto es poco probable, ya que en principio los menores no tienen, como vimos, el ejercicio de la patria potestad, de modo que no podrían realizar un acto propio e inherente a dicho conjunto de derechos y obligaciones. Cabe hacer la salvedad respecto de los menores adultos; en este supuesto sería posible sostener la tesis del acto excepcional, en virtud del art. 55, o por aplicación de las normas del mandato. Cabría en este caso establecer si la madre menor adulta podría actuar sin recaudo alguno, o si requeriría la autorización de sus padres, del juez o de ambos. Con referencia a los menores impúberes la posibilidad del acto excepcional es prácticamente imposible. Finalmente, tanto en el caso de la madre menor adulta, como de la madre menor impúber, el hecho de que puedan dar el asentimiento choca con una objeción inevitable: es posible que la madre menor no pueda, debido a su incapacidad jurídica, comprender correctamente la situación que vive, pudiendo perjudicar a su hijo y a ella misma con una decisión equivocada.

c) Que la conformidad sea dada directamente por el tutor abuelo del art. 264 bis, parte 2ª. En este supuesto se trata de los abuelos maternos, que tienen la patria potestad de la madre soltera. Más adelante ampliaremos las especiales características de este instituto, pero podemos afirmar, que si bien es un tercero en la relación paterno-filial, no lo es tanto, en la práctica; muchas veces está más cerca del nieto, que la propia madre, lo cual lo habilita legítimamente a dar la conformidad del art. 255 ya que sabe cuál puede ser el bien o el perjuicio para su nieto.

El tutor abuelo daría la conformidad en su carácter de representante del menor, aunque tenemos que reconocer que el texto del art. 255 no lo incluye, por lo que más adelante fundamentaremos esta apreciación.

d) Que la conformidad sea dada por la madre menor de edad y por el tutor abuelo conjuntamente; a esta posición se le pueden hacer las mismas críticas que a las dificultades que tienen los menores de edad para ejercer la patria potestad sobre sus hijos. Pensamos que en este supuesto la decisión de hecho la tendría el tutor abuelo, que tiene la autoridad paterna sobre la madre menor; por lo tanto, consideramos más viable y práctica la solución del apartado anterior.

6. LA CONFORMIDAD MATERNA DEL ARTICULO 255 PUEDE SER DADA POR LOS ABUELOS MATERNOS DEL ARTICULO 264 "BIS", PARTE 2ª

Si la reforma ha contemplado la figura de los tutores abuelos, como instituto de amparo ante la situación de la madre soltera menor de edad, fue para que ejercieran la patria potestad sobre su hija y sobre los hijos de ella, constituyendo una especie de patria potestad subsidiaria, o desde otro punto de vista, una extensión del ejercicio de la patria potestad. Así es como la incapacidad de la hija quedará suplida por sus padres, los abuelos del niño, que podrán dar o negar la venia del art. 255.

7. LA AUTORIDAD O TUTELA DE LOS ABUELOS DEL ARTICULO 264 "BIS"

a) Denominación

Por su semejanza con el instituto de la patria potestad, debería llamársela "autoridad de los abuelos", en vez de "tutela de los abuelos"; más adelante veremos las numerosas diferencias que tienen estos abuelos con el tutor. Nosotros hemos utilizado ambas denominaciones, teniendo en cuenta especialmente que el texto legal habla de "tutela".

b) Requisitos

Para configurar este supuesto tienen que existir dos presupuestos: que se trate de padres de una madre o padre menor de edad que se encuentre bajo su patria potestad, y que este padre o madre menor posea la tenencia del nieto.

c) Antecedentes y redacción final de la norma

El antecedente de la norma vigente se hallaba en el proyecto de los senadores Saadi y Amoedo, que proponía que se

agregase al art. 264 un párrafo que dispusiera que "si los padres del hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, su incapacidad será suplida de pleno derecho por el padre o la madre de ellos en ejercicio de la patria potestad, o bien por el tutor del progenitor que en forma habitual tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, no obstante que el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad". Como puede observarse, de este texto parece inferirse la idea de un doble ejercicio de la patria potestad por parte de los abuelos.

La redacción final de la norma es la siguiente: "Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquel de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad".

d) Naturaleza jurídica del tutor abuelo

En rigor, no se trata de un supuesto de tutela, sino que es una especie de ejercicio extensivo de la patria potestad, ubicándose en un status intermedio, entre el régimen de autoridad paterna y el de autoridad tutelar, aunque mucho más cerca del de la patria potestad.

Hay cuatro hechos de diversa índole que confirman esta especial naturaleza jurídica del tutor abuelo:

1) El natural está dado por el nexo biológico que une a abuelos y nietos. Aquí podemos señalar varios elementos: comunidad de sangre, lazos afectivos, así como el comprobado vínculo psicológico que se entabla con los descendientes de los hijos.

2) El social de las madres solteras, anteriormente mencionado y que lleva a los abuelos a criar a sus hijos y sus nietos conjuntamente.

3) El filosófico-jurídico, que impone a los abuelos un uniforme imperativo de conducta respecto de todos los que se hallan bajo su égida.

Lo cual implica que no hay diferencias en el conjunto de derechos y deberes que tiene como padre y abuelo, no obstante tratarse de sujetos pasivos cualitativamente distintos, aunque semejantes.

4) El jurídico-positivo consiste en la situación legal privilegiada en que se encuentran los abuelos del art. 264 bis,

respecto de otros representantes (tutores), ya que se los incluye en el capítulo de la patria potestad y no en el de la tutela.

8. DIFERENCIAS ENTRE EL TUTOR Y LOS TUTORES ABUELOS DEL ARTÍCULO 264 "BIS"

Son muchas las diferencias entre ambos institutos; trataremos de enumerar algunas de ellas a modo de ejemplo.

a) Metodología

La ley 23.264 ha ubicado al instituto del tutor abuelo en el título III "De la autoridad de los padres", sin hacer referencia alguna a él en el título denominado "De la tutela", aunque la reforma modificó varias normas de este capítulo. Ello es punto de partida para observar la voluntad del legislador orientada a diferenciar al tutor de los arts. 377 a 467 del Cód. Civil, de la autoridad de los abuelos, que se ejerce de acuerdo con lo regulado por el art. 264 bis, parte 2°.

b) Naturaleza jurídica

Se trata de dos institutos que tienen idéntica finalidad, pero diferente origen, contenido y alcance. De las características de la autoridad de los abuelos anteriormente señaladas surge claramente que pueden no ser patrimonio de la tutela.

Los tutores abuelos ejercen una suerte de patria potestad subsidiaria, en virtud de la cual, aunque el otro progenitor alcance la mayoría de edad, mantiene su virtualidad, circunstancia ésta imposible de vislumbrar si del tutor u otro representante legal se trata.

En rigor, no hay razón suficiente para diferenciar el ejercicio de los derechos-deberes que la patria potestad importa y que surten eficacia con relación a los hijos, de aquellos que emanan de la autoridad de los abuelos. Esto es así porque los abuelos, por naturaleza, son doblemente padres, más aún si sus hijos son menores de edad.

No hay distinción en el trato que debe dar a sus descendientes inmediatos, del que debe brindar a los descendientes de sus hijos. A los nietos, de ordinario se los contempla de distinta manera, pero se los ama igual o más que a los propios hijos.

El perfil del tutor abuelo que el legislador ideó, no puede estar alejado de lo que la propia naturaleza humana nos indica. Sus atribuciones y obligaciones son las del padre, pues su figura es la de éste. Los abuelos del art. 261 bis, parte 2ª, son más padres que tutores, aunque biológicamente no lo sean y aunque a los abuelos se los pueda designar en alguna oportunidad tutores.

c) Unipersonalidad y bipersonalidad

La tutela es siempre de ejercicio unipersonal. Ella "debe servirse por una sola persona, y está prohibido a los padres nombrar dos o más tutores, que funcionen como tutores conjuntos; y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos" (cfr. art. 386, Cód. Civil). Esta norma no modificada por la ley 23.264, nos hace presumir que el supuesto de los tutores abuelos no es un caso de tutela, sino que se asemeja al ejercicio dual de la patria potestad.

Viviendo los dos abuelos, no es dable hacer preferencia alguna entre ellos, ya que la norma se refiere a quien "ejerce la patria potestad", sobre aquel de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, siendo ambos los titulares de dicha facultad, especialmente después de la ley 23.264, que instituyó la patria potestad compartida en su ejercicio.

d) Condiciones de idoneidad

En el articulado derogado del régimen de tutela, el Código establecía una preferencia en favor de los abuelos para su designación como tutores. Este privilegio no excluía el estudio de las condiciones de idoneidad. Reemplazada dicha escala preferencial, sigue vigente el examen de idoneidad del posible tutor (art. 390). Esta exigencia es lógica; sin embargo, en el caso de los tutores abuelos del art. 264 bis, este requisito no debe ser requerido en razón de una comprensible presunción legal de idoneidad, ya que estos abuelos ejercen la patria potestad de sus propios hijos y por tanto demuestran aptitud suficiente para hacer lo mismo con sus nietos.

e) Remuneración

Si se estudia detenidamente el derecho comparado, se observan distintos sistemas en materia de retribución de la

tutela. Así, el de la gratuidad, seguido en Francia y erigido en principio general en Códigos como el alemán y el italiano. Un segundo sistema, estructurado en el derecho suizo, establece una retribución fijada por el juez. Otros ordenamientos han dispuesto que la remuneración del tutor sea fijada entre un máximo y un mínimo determinados por la ley, como el Código español, el anteproyecto de 1854; o bien establecen sólo un máximo, como el Código de Brasil. Por último, Códigos como el chileno o el nuestro (art. 451) disponen una retribución fija que alcanza el diez por ciento de los frutos líquidos de los bienes del menor. De lo expuesto se infiere que el principio de la onerosidad, si bien no es de la esencia del instituto, fue el que claramente adoptó Vélez Sársfield en 1871.

Ahora bien, creemos que la décima del art. 451, no es aplicable al caso de los tutores abuelos del art. 264 bis, ya que no hay que distinguir ni diferenciar la función que cumplen los abuelos en el supuesto de la parte 2ª del art. 264 bis, de la desempeñada por aquéllos respecto de sus hijos; si en este caso no tienen derecho a la décima, sería hasta inhumano sostener lo contrario en el otro supuesto, pues la analogía de situaciones es a todas luces palmaria.

f) Usufructo

Los abuelos del art. 264 bis, deben proveer todo lo conducente para el sostenimiento de sus hijos y nietos; es justo, pues, que reciban como compensación el usufructo de los bienes de sus hijos y de sus nietos. De esta manera, el abuelo no tendrá que sufrir la incómoda situación de tener que rendir cuentas a su propio nieto. Por otro lado, que los abuelos tengan el usufructo coadyuva a que no se presente el cuadro de un nieto rico, poseedor de fortuna, y un abuelo pobre, que aun así tiene que mantenerlo. De manera que aquí encontramos una diferencia más entre ambos institutos, si la comparamos con la obligación de rendir cuentas que tiene el tutor y con su retribución fija de la décima.

g) El artículo 440 del Código Civil

Este artículo establece que los bienes muebles serán prontamente vendidos por el tutor, exceptuándose los de oro, plata o joyas preciosas. Este deber que tienen los tutores, pensamos, no lo tienen los tutores abuelos del art. 264 bis, ya que ¿cuál sería el motivo lógico que indujera a los abuelos a vender los muebles de sus nietos y no así los de

sus propios hijos? Creemos que aquí hay una nueva diferencia entre ambos institutos, ya que los tutores abuelos no podrían llevar adelante una obligación como ésta, que forma parte de los típicos deberes del tutor.

h) Discernimiento y prueba

En torno a este tema surgen fundamentales diferencias. Por un lado, al tutor común le debe ser discernido el cargo (art. 399) para ejercer la autoridad tutelar. En el caso de los tutores abuelos pensamos que ese discernimiento no es necesario, ya que éstos ejercen la autoridad del art. 264 bis a partir del nacimiento mismo del nieto, pues desde ese momento quedan constituidos los presupuestos de la citada norma: madre-hija menor de edad y tenencia del hijo-nieto por parte de ella.

De esta distinción se derivan dos aspectos: a) origen procesal del instituto de la autoridad de los abuelos. El juicio de tutela lleva al discernimiento del cargo de tutor, tras de diversas etapas procesales relacionadas con el tipo de tutela de que se trate. En el caso de los abuelos, éstos no deben iniciar el juicio de tutela, pues ya vimos que su llamamiento legal no es como tutor, sino como padre-abuelo. Por otro lado, examinando la difícil situación cultural y socioeconómica que muchas veces vive la madre soltera menor de edad, veremos que ella no se condice con un oneroso juicio de tutela. Finalmente, este proceso judicial implica una serie de etapas que atañen al análisis de los posibles tutores y una elección consecuente, nada de lo cual es necesario en el caso de los abuelos tutores; b) prueba del ejercicio de la autoridad del art. 264 bis. Este es el otro problema que se plantea, ya que el tutor probará su status con el testimonio del discernimiento; en cambio los abuelos no son discernidos.

Para resolver los anteriores interrogantes podemos dar varias respuestas:

1) Que los abuelos inicien el juicio de tutela y su trámite sea simplificado y modificado para facilitar su discernimiento, que sería declarativo y retroactivo al nacimiento del nieto. Esta solución nos parece impropia de este instituto, aunque facilitaría la prueba con el testimonio de la resolución judicial de discernimiento.

2) Que los abuelos inicien una información sumaria, para establecer sus condiciones de vínculo sanguíneo-familiar, que los acredite como abuelos y el carácter de madre

menor de edad de su hija, así como la tenencia, por parte de esta, del niño. Podría probarse también la convivencia con los abuelos. De adoptar esta solución, la prueba se vería facilitada, ya que bastaría el testimonio de la sentencia.

3) Que los abuelos no inicien ningún trámite judicial y ejerzan la autoridad del art. 264 bis de hecho y de derecho. En este caso se plantea la dificultad de la prueba del status de los abuelos. Habría que presentar partidas de nacimiento de la hija y del nieto, más la partida de matrimonio de los abuelos, y debería constatarse el no reconocimiento del padre, así como la tenencia del niño por parte de la madre, todo lo cual haría muy engorroso el ejercicio de esta autoridad de los abuelos.

Creemos que es preferible y más adecuado al instituto, optar por el supuesto 2) que nos parece el más conveniente.

ii) Cesación

En este punto se presentan importantes diferencias entre tutor común y tutor abuelo. El tutor común puede cesar por excusación (arts. 455, inc. 1^o, y 379) y por remoción (art. 455, inc. 1^o), así como por muerte del menor o del tutor, por restitución de la patria potestad, o por mayoría de edad del pupilo. En cambio, la autoridad de los abuelos no puede cesar nunca por excusación o remoción. Quizá la causa de cesación más común para el tutor abuelo sea la emancipación de su hija, que en ese caso asume plenamente el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo, concluyendo la tutela de los abuelos.

9. LA LEGITIMACIÓN DE LOS ABUELOS MATERNOS PARA LA CONFORMIDAD DEL ARTÍCULO 255 PERFECCIONA EL ALCANCE, CONTENIDO Y FUNCIONAMIENTO DE LA NORMA

La posibilidad de conformidad del art. 255 por parte de los abuelos maternos, respecto del caso de madre soltera menor de edad, perfecciona aún más el funcionamiento de esta norma, ya que los abuelos suplen la falta de juicio de oportunidad de la madre menor y, por otro lado, restringen el accionar del Ministerio, protegiendo la esfera íntima familiar.

10. TUTOR ABUELO Y ABUELO TUTOR

El tutor abuelo es el que ejerce la autoridad del art. 264 bis, parte 2ª; en cambio, el abuelo tutor, será aquel que fuera designado como tutor por las normas de la tutela. El instituto del tutor abuelo se limita a un supuesto muy específico de los padres menores de edad; en cambio, el instituto de la tutela común se aplica con mayor generalidad. Un abuelo podrá ser tutor de su nieto, si fallecen sus padres, si éstos son privados de la patria potestad, si están ausentes, o han sido suspendidos en el ejercicio de la autoridad paterna. En todos estos casos el abuelo será tutor común. En cambio en el caso de que los padres del nieto sean menores de edad y no tengan el ejercicio de la patria potestad, los abuelos ejercerán la autoridad que deriva del art. 264 bis, parte 2ª. En ambos supuestos, la figura es la misma: los abuelos ¿por qué estructurar pues dos institutos diferentes? Porque, aun siendo abuelos en ambos casos, la situación es diferente y la ley quiso proteger especialmente el difícil trance de los padres menores de edad y de sus hijos, dándoles a éstos una patria potestad supletoria.

Por lo tanto, depende de la configuración de uno u otro caso, que el abuelo sea llamado a ejercer la tutela o la autoridad del art. 264 bis, parte 2ª.

11. CONCLUSIONES

a) La norma del art. 255 establece una acción cuyo titular es, en principio, el hijo, pero que ejercerá en su representación el Ministerio Público de Menores con la conformidad materna.

b) La conformidad materna es esencial al accionar judicial, por lo cual la madre constituye, junto al Ministerio Público, un litisconsorcio necesario impropio, de manera que en caso de desistir la madre de la acción, el Ministerio no podrá seguir adelante con el proceso.

c) La conformidad del art. 255, en principio está limitada a la madre, excluyendo al tutor.

d) El tutor abuelo del art. 264 bis, parte 2ª, está legitimado para expresar la conformidad prevista en el art. 255, en el supuesto de que la madre sea menor de edad.

e) Dicha legitimación tiene el principal fundamento en la especial naturaleza jurídica de los tutores abuelos del art. 264 bis, que guarda estrechas semejanzas con la autoridad paterna y se diferencia en una amplia gama de aspectos de la figura del tutor del art. 386 del Cód. Civil.

f) La intención de la reforma ha sido crear una nueva figura jurídica de amparo y representación para los menores de edad, de origen, contenido y alcance distintos de los de la tutela común, ya que su inserción se produce en un espacio metodológico diferente y en una situación de comunidad sanguínea-familiar no siempre presente en el caso de tutela.

g) La limitación al loable y benéfico accionar del Ministerio Pupilar, sólo puede ser dada por la conformidad materna, y en su defecto, por la venta de los abuelos maternos que ejercen una suerte de patria potestad subsidiaria, o desde otro punto de vista estamos ante un ejercicio extensivo de la patria potestad.

h) La finalidad del art. 255 se ve cumplida y perfeccionada, si en el caso de madre soltera menor de edad, son los abuelos maternos los que deciden asentir o disentir con la pretensión del Ministerio Público de Menores.