

Nombre: Dra. Elvira ARANDA

Materia: Derecho de Familia

Palabra clave: “patria potestad” “deber de corrección”

PATRIA POTESTAD Y DEBER DE CORRECCIÓN. SANCIONES POR ABUSO.

SUMARIO: 1.- Patria potestad; concepto 2.-Impacto de la reforma constitucional del año 1994.-3.-La facultad de corrección de los padres 4.-Daños derivados del abuso de la facultad de corrección. 5.-Conclusión .

1.-Concepto :

La ley 23.264 le da una nueva formulación a la definición clásica de patria potestad: “*La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipados*” (Art. 264 Código Civil)

En el texto originario del artículo 264 patria potestad era “ *el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres...*”.

Comparando ambas conceptualizaciones, se advierte que en el texto de la ley 23.264 se pone en primer término los deberes de los padres, base primordial de la institución en el derecho moderno. Además la ley citada le incluyó la finalidad de los deberes-derechos, considerando que ella es la protección y formación integral de los

menores de edad, quedando más nítida la primacía del interés de los hijos ¹y no el de los padres como resultaba del régimen originario.

En la antigüedad, tanto en Grecia como en Roma el “*pater familias*” y el estado tenían un poder absoluto sobre los menores. El padre no sólo podía reconocer² o no al hijo, sino, asimismo, desheredarlo sin causa fundada, exponerlo y aun matarlo³. El estado también hacía sentir su poder sobre los menores. En Esparta por ejemplo, los varones al nacer se los presentaba ante el senado, y en caso de ser deformes, se los arrojaba a un precipicio, si no lo eran quedaban con su familia hasta los 7 años, desde ésta edad hasta su muerte pertenecían al estado que los preparaba para guerreros “*se les formaba fuertes y resistentes a todo dolor físico o moral. A veces se lo flagelaba ante el altar sin permitirles un solo gemido*” ⁴

La evolución del contenido de la patria potestad fue cambiando fundamentalmente porque de derecho, de función de mando de poder sobre los hijos, pasó a ser el conjunto de deberes, establecido por la ley como un medio de protección a favor de ellos. Así, de ser un poder absoluto de los padres sobre sus vástagos, que incluso no permitía la intervención de terceros, fue interpretándose la institución de un modo diferente que era más conveniente para la sociedad en general y del menor en particular .

¹ Belluscio ,César Augusto, *Manual de derecho de familia*, 5º ed. Ed. Depalma, 1987, Bs.As.

² Fustel de Coulanges; *La ciudad Antigua*; Ed. Emecé, Bs.As. 1966, pág 118 dice que: “ El ingreso de este hijo en la familia se señalaba con un acto religioso. Primero tenía que ser favorablemente recibido por el padre. En calidad de dueño y custodio vitalicio del hogar, éste debía declarar si el recién nacido era o no era de la familia. El nacimiento sólo formaba el lazo físico; la declaración del padre constituía el lazo moral y religioso. Esta formalidad era igualmente obligatoria en Roma, Grecia y en la India.”

³ Cassagne Serres Blanca A. *Patria potestad y protección jurídica y social del menor* Ed. Licurgo, Bs.As. 1945, pág 51

⁴ Cassagne Serres Blanca A. ob. Cit. Pág 52

“De modo entonces que a través de la familia se consolidan imperativos fundamentales: la autoridad de los padres, que no es un fin en si misma, se encamina a cuidar físicamente a los hijos , velar por su formación moral en sentido amplio-que incluye, lógicamente, la religiosa- y por su educación; finalmente suplir su natural incapacidad cuidando sus bienes, ejerciendo el indispensable control de conducta y asumiendo la consiguiente responsabilidad que los actos de los hijos pudieran generar”⁵

2.-Impacto de la reforma constitucional del año 1994

La Asamblea Nacional Constituyente de 1994 otorgó jerarquía constitucional a varios tratados , ubicando a todos ellos en la cúspide del orden normativo argentino. Así, al regular las atribuciones del Congreso, expresa en el art. 75, 1er. párrafo del inciso 22: ***“los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”***. A renglón seguido enumera un total de 11 instrumentos internacionales sobre derechos humanos (2 declaraciones y 9 tratados), y se enuncia que: *“en las condiciones de su vigencia”*, poseen *“jerarquía constitucional”*, los que, sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución, deben entenderse *“complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”*, por lo que queda determinado , así, que el derecho internacional de los derechos humanos tiene interacción con el derecho interno; los derechos y garantías reconocidos tanto en las Declaraciones como en los Tratados internacionales sobre la materia pueden ser reclamados directamente ante la jurisdicción interna.

⁵ Zannoni Eduardo A. *Derecho Civil .Derecho de familia* , 4º edición actualizada y ampliada, t.2, Ed. Astrea. Bs.As. 2002, pág 689.

Entre los 9 tratados mencionados se encuentra la Convención de los derechos del niño (LA 1994-B-1989) que provocó una modificación trascendente en nuestro derecho interno. Esta incorporación no ha tenido otra finalidad que hacer de toda niña o niño, sujetos de preferente tutela constitucional.

La citada Convención en el artículo 41 establece que “ *nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en los derechos internos o internacionales que obligan al Estado*”. Esto es primordial tenerlo en cuenta ya que la Convención no agotó la enumeración de los derechos de los niños y niñas, ni los englobó a todos, por lo que la Convención es una norma de mínima ⁶.

La Convención provocó también cambios fuera de los estrictamente normativo, principalmente la profunda preocupación y debate despertado en todos los ámbitos de los estudiosos del derecho de familia respecto de la situación de los menores, como así también cabe destacar el cambio de mentalidad de los juristas para analizar los problemas referidos a los niños y niñas y su reconocimiento como “sujeto “ de derecho⁷.

“No se trata de que ahora “encontramos” que tienen derechos y que deben hacerlos valer “contra” los adultos. Es que hoy la estructura social exige una estructura familiar diferente (no amurallada sino más porosa, no autoritaria sino

⁶ Di Lella, Pedro; *Del impacto de la Convención de los derechos del niño en la normativa argentina*, JA Conmemoración 80º aniversario, pág. 164 Sostiene que: precisamente la ventaja de estas Convenciones es la de establecer principios, en el caso concretos derechos del niño, mínimos si, pero que la humanidad acordó que son inmutables en todo el globo, con la grave desventaja de que son apenas eso; una tan disminuta protección que sólo puede ser considerado un pequeño paso adelante que está lejos de permitir enorgullecernos de él”.

⁷ Di Lella; Pedro, *El impacto de la Convención de los Derechos del Niño en la normativa argentina*, JA 80º aniversario, pág.170

más democrática, no de pertenencia obligatoria sino de pertenencia más optativa) dentro de la cual todos, incluido los niños, tienen derechos personales”⁸

Otros autores opinaron que : *“..ella tiene también clara incidencia sobre materias de derecho privado, y específicamente sobre derecho de familia, en tanto asigna jerarquía constitucional a diversos acuerdos internacionales a que él aluden....Ahora bien, algunas de las reglas referentes al derecho de familia incluidas en los tratados internacionales son concordantes con la legislación vigente, otras en cambio, o bien lo son parcialmente, lo que implica que en algunos casos el derecho interno haya quedado en pugna con las normas a las cuales se ha asignado jerarquía constitucional, o bien suscitan dudas interpretativas ”⁹*

3.-La facultad de corrección de los padres

Partiendo de la base de lo que preceptúa el art. 264 Código Civil en cuanto a que la patria potestad tiene como finalidad la protección y formación integral de menor, en consonancia con ello en el artículo 278 del mismo cuerpo legal se regula lo que se ha dado en llamar la facultad correctora, o el *ius puniendi* del progenitor, que a su vez es el correlato del deber de educación contemplado en el art. 265 CC .

El artículo 278 sufrió la misma evolución histórica que el concepto y contenido de la patria potestad, de allí la reformulación dada por la ley 23.264, que elimina del texto legal toda noción de castigo.

⁸ Cárdena José Eduardo, *¿Niños versus adultos? Textos, contextos y pretextos para interpretar la Convención*. Derecho de familia; Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As.1998, nro.13, pág.62.

⁹ Belluscio Augusto César, Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia. LL-A-936

Al respecto cabe acotar que antes de la reforma Cecilia Grosman proponía “ *El límite esencial en el ejercicio del derecho-deber de corrección, para que no resulte abusivo o inmoderado de acuerdo a la estimativa de la conciencia social en el momento actual en coincidencia con el criterio científico, es la proscripción del castigo corporal en todas sus formas*” ¹⁰

Así entonces, el artículo que a pesar de conservar en su primera parte la fórmula concebida por Vélez Sársfield en el texto original “*Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores..*” se amoldó, sin embargo, a los nuevos requerimientos.

Pero vale la pena preguntarnos en qué consiste esta facultad. En principio debería descartarse toda noción de poder como dominación, o ventaja de una relación de subordinación, ya que el menor por su situación de indefensión tiene un valor decisivo en la relación padre hijo y la facultad esta precisamente instaurada como función social para asegurar el cumplimiento del rol paterno, en virtud, precisamente de esa situación del menor. La facultad del padre esta dirigida a cuidar del interés del hijo, y teniendo en cuenta que éste es sujeto de derecho y no objeto de un derecho.

Las relaciones entre padres e hijos está determinada por reglas jurídicas que atribuyen derechos y autoridad a los padres con el fin de cumplir con el deber legal de cuidado de sus hijos. Al asignarles responsabilidad a los padres la ley les reconoce la autoridad para ejercitar control sobre elecciones diarias y conducta de sus hijos, como por ejemplo elección de colegios, vestimenta , religión etc..

¹⁰ Grosman Cecilia P. *El castigo corporal y el derecho de corrección de los padres* ED- 88- pág. 887

Ese control nunca puede ser intemperante, ni convertirse en un atropello o desmán y para ello el art. 278 en su última parte establece: “.. *los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren*”, pero ocurre que por creencias sociales muy arraigadas, cuando se producen abusos en la autoridad parental los extraños son remisos en denunciar o intervenir o asistir a los niños ¹¹

Un intento de revertir esta situación es el dictado de la Ley de protección contra violencia familiar, tanto la de Nación como la de la Provincia de Bs. As¹², en cuanto pone en cabeza de la autoridad educativa y sanitaria tanto privada como pública la obligación de denunciar los casos que signifiquen la comisión de posibles abusos.

En tal sentido, y a modo de ejemplo podemos mencionar el caso resuelto por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala 4° que en su resolución de fecha 19/6/2001 en los autos P.O.,A.P. relata que de la compulsa del expediente surge que la maestra de un niño de 8 años, a quien al momento de ponerle una mala nota le expresó que su padre le pegaría por tal motivo, al día siguiente “*notó que C*

¹¹ Grosman (Dirección) Polakiewicz-Chavanneau- Maggio-Ramos Gorvein- Lopez Faura- Vicchio- Levaggi- Risolía de Alcaro- Calvo- Kozicki. *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*. Ed. Universiada, Bs. As. 1998, pág. 131

¹² La 24.417 en su artículo 2 legitima como denunciante de hechos de violencia contra menores o incapaces no solamente a las víctimas o sus representantes, sino también “..están obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados..” y en igual sentido el art. 5 de la ley 12.569 de la Provincia de Buenos aires. Estas Leyes tiene su fundamento especialmente en los tratados con rango constitucional que promueven el respeto a la dignidad y la libertad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes (conf. Art. 3° y 5° de la Declaración Universal de derechos Humanos; artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 7° y 9°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) Y también en aquellas normas que estipulan que los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicios o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño) como igualmente normas como el art. 7°,c, de la Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer .

tenía hematomas en uno de sus muslos y en la muñeca izquierda, razón por la cual dio intervención a las autoridades del colegio” Tras el aviso, la vicedirectora del establecimiento educativo dialogó con el menor que le confirmó que su padre le había pegado. Se labró un acta, se convocó a los padres y al cuerpo médico para revisar al menor. De la historia clínica surgió la existencia de las lesiones. Como consecuencia de ello se inicia una causa penal y al ser citado a prestar declaración indagatoria el progenitor reconoció su conducta, pero la justificó en el hecho de que el niño había llevado malas notas¹³

Este ejemplo nos permite recordar que *“ . Se hace necesaria la existencia de un sistema de reglas y principios generales, que provea un marco para asegurar la dignidad humana y la realización de cada persona en la comunidad y en la familia. Las leyes diseñadas para proteger a los niños reconociéndoles derechos pueden considerarse esfuerzos sociales para equilibrar las situaciones planteadas.....Sin embargo, los intentos por instalar dentro de las familias relaciones más democráticas, tendientes al respeto por los derechos humanos intrafamiliares, son todavía bastante resistidos por quienes ven en ellos la destrucción del principio de autoridad y la posibilidad de establecer una dinámica de confrontación que terminaría por conmover a la familia misma... ”*¹⁴.

Nos resta bregar por las modificaciones propuestas, que no generará, como puede suponerse, nuevas relaciones conflictivas en el grupo familiar, sino que aportará los elementos necesarios para resolver lo que normalmente se dan en este campo de un

¹³ C..Nac.Crim.y Crr., Sala 4º, del 19/6/2001- P.O.,A.P., JA 2003-I-426

¹⁴ Grosman (Dirección) Polakiewicz-Chavanneau-Maggio- Ramos Gorvein- Lopez Faura- Vicchio- Levaggi Risolía de alcaro- Calvo- Kozicki. *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, En el Capítulo IV redactado por Gorvein Nilda Susana y Polakiewicz Marta Ed. Universiad Bs. As. 1998, pág. 131

modo no democrático. Sería ideal una política de prevención dirigida al conjunto de la población a través de sus organizaciones, inserta a su vez en políticas comunicacionales que generen una conciencia colectiva sobre el tema, a fin de hacer visible aquello que una supuesta naturalidad mantiene invisible. Sensibilizar, informar y concientizar a niños y adultos, sobre abuso infantil, sus implicancias, con el fin de disminuir y promover la cultura del buen trato en la familia. El empleo de la fuerza física con la intención de causar dolor, lesionar con el propósito de corregir o controlar una conducta tiene una escasa o nula utilidad pedagógica, por lo que resulta inoperante como medio educativo.

Entonces, debe quedar en claro como lo sostiene la doctrina que el art.278 al prohibir *..”los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores”* consagra, una prohibición absoluta de todo castigo físico por leve que sea *“..ya que no es concebible que un golpe, por leve que sea, no implique un menoscabo siquiera psíquico del menor, y, no cabe duda de que la utilización de esta “metodología” de educación se funda sólo en la mayor fortaleza física del adulto, aunque debo reconocer que ésta opinión parece hoy aislada en la Argentina, ya que no he encontrado voces en igual sentido.”*¹⁵

En igual sentido el mismo autor sostiene también que *“es indudable que cualquier golpe, por ínfimo que sea, implica un menoscabo físico, y por lo tanto el progenitor que lo lleva a cabo viola la ley. Claro que no será igualmente grave la violación si*

¹⁵ Di Lella, Pedro; *Del impacto de la Convención de los derechos del niño en la normativa Argentina;* JA Conmemoración 80º Aniversario, pág. 168 nota nº 36.

se trata de un coscorrón que si se trata de una brutal paliza, pero no debe dudarse de que en todos los caso se trata de conductas antijurídicas” ¹⁶

La ley establece los fines de la patria potestad, y esta adjudicación de fines, conlleva importantes consecuencias, y entre ellas la más relevante es que en la ley argentina se ha consagrado la cláusula de beneficio de los hijos que impone como modo de ejercer la autoridad el interés y el provecho del hijo. Es, entonces, el interés o beneficio del hijo, el que promueve y enaltece la autoridad de los padres y no la mayor fuerza física. Sin perjuicios, como señalan otros autores, que luego se sumen a ese primer interés, con igual importancia, el de los padres y la sociedad toda, comprometidos en la necesidad de instar hombre plenos y generaciones de ciudadanos desarrollados integralmente¹⁷.

Así entonces al transgredir lo normado en el artículo 278 del Código Civil se configuraría, por ejemplo “..los malos tratamiento..” previstos en inciso 3 del artículo 307 del mismo cuerpo legal, que trae aparejada la privación de la patria potestad, como dentro de las conductas definidas por la ley de violencia familiar en cuanto “ *toda acción, omisión, abuso, que afecte la integridad física, psíquica, moral, sexual y/o la libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito*” (art. 1 de la ley 12.569 de la Provincia de Buenos Aires), o lo que es más grave aún, incurrir en delitos de carácter penal.

En la esfera penal, si los padres infringen sus deberes con acciones que signifiquen malos tratos, castigos o actos que menoscaben la integridad física o

¹⁶ Di Lella Pedro y Di Lella Pedro (h); *La ley de protección contra la violencia familiar de la Provincia de Buenos Aires*, JA. 2001-II-1258

¹⁷ Borda; *Tratado de derecho civil argentino*, t.I, pág 120 “ ..se la legisla teniendo en mira al hijo y al padre a la familia y a la sociedad”

psíquica de sus hijos estarían incurso en los delitos de lesiones que, por su gravedad, se clasifican en leves, graves y gravísimas (art. 89,90 y 91 del Código Penal). Pero como el resultado lesivo del daño “..en el cuerpo o en la salud..” (art. 89 C.P.) , se debe sumar la circunstancia de que el autor y víctima son padre o madre e hijos o hijas respectivamente, la conducta debe encuadrarse en el tipo penal que prevé las lesiones agravadas por el vínculo (art. 92 C.P., resultando así , desplazadas las figura penales básicas o simples previstas en los artículos 89, 90 y 91 del Código Penal.

Contravenir las citadas disposiciones penales, traería también como consecuencia quedar comprendido en el inciso 1º del art. Artículo 307, que prevé como causal de privación de la patria potestad incurrir en delitos dolosos contra la persona o los bienes de los hijos.

Entre otras sanciones corresponde señalar también las establecidas en el 18 de la ley 10.903¹⁸ que autoriza al juez a sancionar a los padres que incurren en abusos, y si fuera el caso, al infractor se le podrá imponer las medidas previstas en el art. 4 y 8 de la ley 24.417.

Sumado a todo ello “*El actuar abusivo o excesivo de los padres que provoquen un daño en el hijo será fuente, en su caso de la obligación de resarcir el daño dentro de los parámetros que marcan los art. 1068 y cons. Del Código civil*”¹⁹.

4.- Daños derivados del abuso del derecho de corrección

¹⁸ El citado artículo prevé la posibilidad de que los jueces apliquen sanciones a los padres, tutores o guardadores que aparezcan culpables de malos tratos o negligencia grave o continuada con respecto a los menores a su cargo.

¹⁹ Bossert A., Gustavo, y Zannoni A. Eduardo, *Régimen legal de filiación y patria potestad*, 2º reimpresión, Ed. Astrea, Bs. As. 1987,pág. 338

a) La cuestión de los daños y perjuicios derivados del derecho de familia en general .

Es cuestión debatida en doctrina y jurisprudencia si en los daños injustos causados o derivados de las relaciones de familia deben o no resarcirse esos daños en base a la aplicación de los criterios generales en materia de responsabilidad del Código Civil.

Así por ejemplo los daños causados por el ejercicio abusivo de las patria potestad, la mala administración de los bienes del menor, los daños derivados de la violencia familiar²⁰, el no reconocimiento de los hijos²¹, el reconocimiento a sabiendas de que no se trata del hijo alterando la identidad del menor, la negativa de la madre del menor de prestar su consentimiento en el supuesto del art. 255 del Código Civil privándolo de obtener su emplazamiento filial, la transmisión de enfermedades genéticas²², los daños derivados del divorcio vincular²³, la separación personal o la nulidad del matrimonio como así mismo en los casos de ruptura de los esponsales son sólo algunas de las causas que pueden dar lugar al debate señalado.

Además, por ejemplo en los supuestos de no reconocimiento de hijos, o de lesiones por abuso en el deber de corrección, o por abandono, aunque encare una contienda eminentemente privada, el conflicto involucra también una cuestión social, pues la comunidad le interesa asegurar la responsabilidad procreacional y el derecho

²⁰ Medina Graciela, *Daños en el derecho de familia*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs As. 2002, pág.105

²¹ Medina Graciela, *Daños en el derecho de familia*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. 2002, pág. 119

²² Makianich de Basset, Lidia Noemí, *Daño genético. Luces y sombras de la doctrina de la inmunidad parental*, en Libro Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg dirigido por Alterini Atilio Aníbal y López Cabana Roberto, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As.1995, pág.168

²³ Belluscio Augusto César, Zannoni Eduardo A. y Kemelmajer de Carlucci Aída; *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1983, páginas 31 a 36 .Medina Graciela, ob cit.pag. 45 y siguientes

del niño a obtener su emplazamiento filial, y a que no sea abandonado ni dañado por ninguna razón.

b) La responsabilidad de los padres por daños derivados del deber de corrección

El derecho de familia no se basta a sí mismo, es parte integrante del Código Civil, por lo que se le aplican sus normas sobre responsabilidad, y al presunto rango superior de las relaciones de familia cabe establecer la superioridad del elemental principio “*non laedere*” (no dañar injustamente) que deriva del respeto a la vida y a la integridad física, y psíquica de jerarquía constitucional y supranacional (art. 19 y 75 inc. 22 de la C.N.).

La reparación de los perjuicios implica una prolongación de la seguridad jurídica, valor insito en el ordenamiento fundamental del Estado; El derecho a la reparación es la lógica consecuencia de la violación de un derecho; si este está consagrado en la Constitución, también lo está el derecho a su reparación;

Se trata en definitiva de un desprendimiento conceptual del derecho de propiedad y del valor justicia;

Antes de la reforma constitucional, el deber de no dañar se derivaba principalmente del art. 19, ahora se desprende de la consagración de los derechos humanos, desde que la regla *alterum non laedere* constituye el fundamento básico de los mismos. En tal sentido, el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ordena la reparación de los daños que pudiesen producirse a cualquiera de los derechos contenidos en el Pacto a través de una indemnización ejecutable en sede interna, y su art. 5 dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; en igual sentido el art. 19 de la Convención de los derechos del

Niño, obliga a los estados partes adoptar la medidas pertinentes para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso. La protección constitucional del derecho de daños forma parte del fondo común legislativo;

A ello cabe agregar que el art. 75 inc. 23 C.N. impone preservar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados internacionales de derechos Humanos.

En virtud de lo precedentemente expuesto, y en el supuesto como el relatado en el punto 4, en el que las lesiones fueron debidamente acreditadas, como también su autor y la relación de causalidad entre el castigo perpetrado por el progenitor y el daño sufrido por el menor, es que consideramos que entre las sanciones mentadas en el art. 278 Código Civil también debe considerarse entonces, la obligación del padre de indemnizar a su hijo.

Los presupuestos de la responsabilidad se dan en su totalidad: la antijuricidad²⁴, la imputación, el daño resarcible, y la relación de causalidad. Es evidente que la conducta del progenitor ha entrado en pugna con lo que está establecido en el ordenamiento jurídico.

Ahora, cabe señalar que el ilícito penal se denomina delito y admite la atribución a título de dolo o culpa, pero en el campo civil tiene dos variantes ya que el ilícito “aquiliano” denominado así por su origen en la *Lex Aquilia* o extracontractual si es ilícito doloso se lo llama *delito civil* y si es culposo es llamado *cuasidelito civil*.

²⁴ Moisset de Espanés Luis; en *La responsabilidad* Libro Homenaje al profesor Isidoro H. Goldenberg, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1995, pág. 99 “ ..Que de acuerdo a lo dispuesto por nuestro Código Civil en los art. 1066 y 1067, para que exista ilicitud civil es menester que se conjuguen tres elementos a saber: a) elemento objetivo: violación al ordenamiento jurídico; b) elemento subjetivo: voluntariedad el acto, que debe ser imputado al agente en razón de su dolo (delito), o de su culpa (cuasidelito); y c) elemento externo o material: el daño “

Pero, frente a la víctima el distingo es irrelevante, porque se trate de delito o cuasidelito, tiene siempre el derecho a una reparación plena porque comprende todos los daños sufridos cuando hay una relación de causalidad adecuada conforme a lo preceptuado en el art. 906 del Código Civil²⁵

5.-Conclusión

Con el esquema que hemos presentado pretendemos subrayar que la distinción entre el significado de la patria potestad anterior y posterior a la de la ley 23.264, y más aun con la reforma constitucional del año 1994 , no hay margen para un poder de corrección abusivo.

Se debe tender a un modelo de familia más democrático, donde ser sujeto de derecho no debe ser comprendido sólo en sentido lógico, como un ente susceptible de adquirir derechos, sino que debe ser entendido también en sentido ético, como lo opuesto a un objeto que puede ser manejado caprichosamente o en forma irreflexiva²⁶. Es necesario erradicar los resabios de una concepción primitiva del niño como “propiedad” del adulto.

Como es un derecho fundamental del niño/niña y además un elemento constituyente de su subjetividad el crecer dentro de propio grupo familiar, se requiere que dicho grupo cumpla de la mejor manera posible la función social que tiene. Para ello es necesario desalentar la tolerancia social hacia prácticas que los perjudican

²⁵ Mosset Iturraspe, Jorge (Director) *Responsabilidad Civil*, Ob. Ct. Pág 64

²⁶ Grosman (Dirección), Polakiewicz-Chavanneau- Maggio- Ramos Gorvein-Lopez Faura- Vicchi- Levaggi Risolía de Alcaro-Calvo- Kozicki. *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Ed. Universidad, Bs. As. 1998 pág. 152

por la falta de internalización de las nuevas pautas de conductas que marca la ley objetiva.

Así entonces, junto al deber “..de protección..” mentado por el art. 264 primer párrafo del Código Civil, como así mismo “..el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienable de todos los miembros de la familia humana..” que establece el Primer Considerando de la Convención de los derechos del niño, debe tener preeminencia absoluta el *naeminem laedere*²⁷ en la relaciones partenos filiales en general y en particular en lo atinente al deber de corrección. El citado principio debe ser una frontera infranqueable por los progenitores.

²⁷ Mosset Iturraspe, Jorge (Director) *Responsabilidad civil*, Ed. Hammurabi , Bs.As. 1997, pág. 21 al respecto el autor señala “ Y, por otro lado la vida en sociedad, el vivir honestamente, interpela al hombre para que no dañe a sus semejantes. La conducta dañadora se muestra como impropia, equivocada o ilícita. El *naeminem laedere*, no dañarás, es una consecuencia indudable del deber de hacer justicia, dando a cada uno lo suyo; quien daña a otro le priva de lo que es suyo, le quita algo de lo cual antes se aprovechaba por estar en su patrimonio. De ahí que sea el ordenamiento jurídico el que declara, de manera expresa o implícita, tipificando una veces y con una serie abierta otras, las diferentes responsabilidades” asimismo en el prólogo de la misma obra, el autor pone de resalto “ de la muy rica temática abordada quiero destacar dos aspectos sobresalientes; Nuestra preocupación, casi obsesión, por el respeto a la persona humana, el hombre, que está en el centro de nuestras especulaciones, que es el valor supremo. Nuestro deseo de mostrar, sin equivocidades, las nuevas frontera, los corrimientos habidos en los últimos treinta años en cada uno de los grandes temas que componen la responsabilidad civil.” .

BIBLIOGRAFIA

Belluscio Augusto César; Manual de derecho de familia, Ed. Depalma, Bs.As. 1987

Bidart Campos, G. J. *Indemnización por daño extrapatrimonial en el adulterio* ED 146-99

Bossert Gustavo, y Zannoni Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad.Ley 23.26.4. Ed. Astrea,Bs.As., 1986*

Di Lella, Pedro; *Del impacto de la Convención de los derechos del niño en la normativa argentina*, JA Conmemoración 80º aniversario,

Fustel de Coulanges ,*La ciudad antigua,Ed. Emecé, Bs.AS. 1966*

Grosman Cecilia P. *El castigo corporal y el derecho de corrección de los padres* Ed- 88- pág. 887

Grosman (Dirección) Polakiewicz-Chavanneau- Maggio-Ramos Gorvein- Lopez Faura- Vicchio- Levaggi- Risolía de alcaro- Calvo- Kozicki. *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad.* Ed. Universiada, Bs. As. 1998.1

Llambías, Joaquín Jorge; Código Civil anotado; Ed Abeledo Perrot,Bs As.1984

Makianich de Basset, Lidia N. *Familia y responsabilidad civil* ED –139-845

Median Graciela; *Daños en el derecho de familia. Ed. Rubinzal Culzoni. Bs. As 2002.*

Salas, Acdeel ,*Indemnización de los daños derivados del divorcio.* JA 1942-II-1011

Spota, Alberto. *Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana, en JA 1947--II-305*

Spota, Alberto. *Tratado del derecho civil*, Ed.Depalma, Bs.As. 1947-1968, t.12

Zannoni Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. T.2 4ta° Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos aires, 2002.