

TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Juan Zárate del Pino (*)

I. GENERALIDADES

La patria potestad como todas las demás relaciones de familia, tiene un doble contenido, personal y patrimonial, toda vez que de ella emergen una serie de efectos con relación a la personas y con relación a los bienes. De ellos, los conflictos que surgen con respecto a las relaciones personales derivadas de la patria potestad son quizás los mas dramáticos pues llegan a afectar a las personas y de modo especial a los menores en forma íntima y trascendente.

Nos estamos refiriendo a las disputas que suelen darse entre los progenitores para que se determine a cuál de ellos corresponde el ejercicio de la patria potestad, conflictos que no obstante pertenecer al ámbito privado, son tan dolorosos que llegan a sensibilizar a la opinión pública como ha ocurrido hace poco en la Argentina, motivando la intervención nada menos que de su Primer Mandatario quien estuvo abogando por una de las partes, la madre, no obstante que la controversia había sido ya resuelta por el Poder Judicial con el carácter de cosa juzgada.

En nuestro país, aunque sin el dramatismo del caso antes referido, por no estar involucrados hijos menores de edad sino ya adolescentes próximos a valerse por sí mismos, se ha seguido también con relativo interés el disenso de la pareja presidencial respecto a cuál de los padres corresponde el ejercicio de la patria potestad respecto a dos de sus hijos que aún son menores de edad.

El presente artículo tiene por objeto señalar los criterios que deben orientar la decisión del Juez respecto a estos casos de disenso, a fin de que se adopten las soluciones más convenientes en beneficio de los menores que son los sujetos pasivos

(*) Profesor de Derecho Civil de la Universidad Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o beneficiarios de esta relación, haciendo presente que aun los propios criterios legales no obligan, siendo meramente orientadores de la decisión judicial, que muchas veces resulta labor difícil cuando se atiende a las particularidades de cada caso específico.

El Derecho, al confiar el ejercicio de la patria potestad a los padres, no hace sino regular un fenómeno impuesto por la propia naturaleza, de modo que la ley no crea la institución sino que se limita a regularla. Por afecto natural se entiende que los padres son usualmente las personas más preocupadas por la protección y bienestar de sus hijos menores, pero como no siempre será posible que ambos la ejerzan en forma conjunta que sería lo deseable, los factores a tomarse en cuenta para atribuir esta responsabilidad a uno u otro de los progenitores dependerá de una serie de supuestos y especialmente del tipo de filiación de la que se trate.

Cabe anotar que si bien el ejercicio de la patria potestad puede atribuirse a uno u otro de los padres en casos de disenso, la titularidad la mantienen ambos; es decir, son conceptos no coincidentes que se pueden diferenciar. La titularidad está referida al complejo de deberes y derechos que corresponden a ambos padres de los cuales no se liberan especialmente en cuanto a los deberes, mientras que el ejercicio está referido al aspecto dinámico de la relación, al actuar concreto y actual que se da con mayor énfasis en el componente de facultades, que se concentra en uno de los padres quedando el otro en suspenso.

II. EN LA FILIACION MATRIMONIAL

En esta clase de filiación, si los padres se hallan en normal convivencia, corresponde a ambos el ejercicio de la patria potestad, es decir la ejercen en forma conjunta o indistinta, o uno de ellos con el consentimiento tácito del otro; esto por el principio de la igualdad jurídica del marido y la mujer en las relaciones matrimoniales. En situaciones anormales del matrimonio como los de disolución por muerte, incapacidad, ausencia o interdicción de uno de los cónyuges, el ejercicio de la patria potestad corresponde exclusivamente al otro cónyuge no afectado por esas causas.

En otros casos de situaciones anormales, como los de separación de cuerpos, divorcio o invalidación de matrimonio, ocurre que el encono de los efectos las pugnas por el ejercicio de uno de ellos o de ambos suelen traer como utilizar a los hijos como instrumentos de hostilización o chantaje, aunque también hay casos de disenso que no se originan por intereses egoístas sino de una genuina preocupación, del gran celo que cada uno de los padres tienen por el bienestar del

hijo. Conocer la verdadera motivación ayudará a encontrar una mejor solución en cada caso.

Para estas situaciones de decaimiento de la relación matrimonial, el artículo 420° del Código Civil señala que la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se ha confiado los hijos, y esta decisión, según los artículos 340° y 345° del Código Civil, se toma observando en cuanto sea conveniente lo que ámbos cónyuges acuerden en los procedimientos de separación de cuerpos por mutuo disenso hoy llamados de separación convencional. Es también favorable al cónyuge inocente o de aquel a cuya demanda o reconvenición se obtuvo la separación o el divorcio por causal específica y a favor del cónyuge que procedió de buena fe en el caso de invalidación de matrimonio.

Si ambos cónyuges estuvieran en condiciones equivalentes, es decir, si ambos son culpables o procedieron de mala fe, se sigue el criterio de la edad y el sexo de los hijos: los hijos menores de siete años se confiarán de preferencia a la madre por considerarse que estaría especialmente dotada para dirigir la educación de los niños y cuidar de su conservación, pero cuando estos adquieren mayor uso de razón y capacidad reflexiva, necesitan de una vigilancia y dirección más vigorosa, por lo que se da preferencia al padre respecto de los hijos varones mayores de siete años, manteniendo la madre la preferencia por las hijas mayores de siete años, por afinidad y posibilidades de identificación sexual.

Como se ha señalado, estas reglas no son de obligatoria observancia, por lo que el Juez tiene amplias facultades discrecionales al respecto, puede apartarse de ellas como lo autoriza la propia norma al hacer la salvedad "a no ser que el Juez determine" otra cosa "por el bienestar de ellos". Además cabe señalar que el criterio de la edad para establecer la preferencia por uno de los padres ha evolucionado, es así que el artículo 92° del Código de los Niños y Adolescentes establece la preferencia a favor de la madre sólo hasta la edad de los dos años.

Esa preferencia a favor de la madre hasta que los hijos cumplan siete años de edad, era un rezago de la suerte de división de trabajo que existía en el sistema matrimonial del Código Civil anterior, en que la economía del hogar se sustentaba principalmente en la actividad productiva del marido mientras que se reservaba a la esposa para las labores domésticas y el cuidado de los hijos, pero en el régimen actual que es un sistema comunitario basado en la igualdad de ambos cónyuges, así como se admite la aptitud de la esposa para dedicarse a cualquier tipo de labor productiva, tiene que reconocerse del mismo modo la aptitud del marido tanto para la crianza de los hijos como para las labores domésticas.

El deber de proteger y educar a los hijos pesa simultáneamente sobre ambos progenitores, mas en los casos en que no es posible que la ejerzan ambos y por la índole de las actividades en que ha de consistir originalmente la protección como ocurre con la lactancia, se admite mantener esa preferencia a favor de la madre hasta la edad de los dos años. Existiendo incompatibilidad entre la ley más reciente y la anterior, debe pues considerarse tácitamente modificado el criterio de la edad fijado por el Código Civil, subsistiendo la preferencia a favor de la madre hasta la edad de dos años según el Código de los Niños y Adolescentes.

III. EN LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

Tratándose de los hijos extramatrimoniales cuyos padres no están unidos por un vínculo jurídico y que la mayor de las veces no cohabitan entre sí, el artículo 421° del Código Civil fija como primer criterio el del reconocimiento, obviamente el voluntario; la patria potestad corresponde a aquel de los progenitores padre o madre que hubiese efectuado el reconocimiento individual y voluntario.

Puede ocurrir que ambos hayan efectuado el reconocimiento voluntario aunque en diferente tiempo; la ley no establece preferencia atendiendo al orden de los reconocimientos a favor de aquél que primero lo practicó. No funciona en cuanto a personas esa regla aplicable en Derechos Reales por la cual "quien es primero en el tiempo es mejor en derecho"; el hacerlo implicaría aceptar un orden de preferencias por una suerte de puesta de mano en cuanto al tiempo de los reconocimientos. No obstante, por un elemental sentido lógico, menos opción tendría aquel que ha efectuado un reconocimiento tardío o practicado varios años después del nacimiento del hijo, lo que denotaría un cierto descuido o desinterés por el hijo.

Si ambos padres han practicado el reconocimiento simultáneo o sucesivo, el Juez toma en cuenta la edad y el sexo del hijo, la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, "en todo caso, a los intereses del menor", como se precisa en el artículo 421° del Código Civil, criterios a los cuales ya hemos hecho referencia en el caso de la filiación matrimonial y que para el efecto tienen la misma significación, puntualizando únicamente que tanto en uno como otro caso, la idea directriz que debe orientar la decisión del Juez es el interés superior del niño y del adolescente.

El Código de los Niños y Adolescentes ha incorporado un criterio importante en su artículo 92° inciso a), estableciendo una preferencia a favor del padre o la madre con quien haya convivido un tiempo mayor, período de convivencia que tiene sentido si se refiere al de época más reciente pues el simple

aspecto cuantitativo podría resultar arbitrario frente a la situación actual o más reciente del niño o adolescente del que se trate.

Ese período de convivencia debe referirse más bien al criterio que puede denominarse como el de la situación de hecho preexistente, es decir, de la que ha sido determinada por la propia dinámica social, las razones por las que se ha llegado a ese estado de cosas, y la conveniencia o no de que la misma sea modificada de acuerdo a las circunstancias personales de salud, educación, etc. de los hijos y la idoneidad que para el ejercicio de la patria potestad puedan acreditar los padres en el respectivo proceso.

IV. EL REGIMEN DE VISITAS

De dirimirse el ejercicio de la patria potestad en favor de uno de los progenitores, el otro queda automáticamente suspendido en su ejercicio, pero forzosa y compensatoriamente deberá establecerse un régimen de visitas a su favor, ya que en todo caso según el artículo 422° del Código Civil, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad, las relaciones indicadas por las circunstancias.

La expresión "régimen de visitas" si bien ha sido consagrada por el uso y la legislación, se considera impropia en tanto no refleja el verdadero contenido de este derecho, que no puede quedar limitado a un encuentro en el domicilio de aquel de los padres a quien se ha confiado el ejercicio de la patria potestad, pues la visita bajo esas condiciones no permite desarrollar una comunicación fluida y espontánea que es lo que se persigue, por lo que se ha sugerido que más bien sería preferible hablar del derecho al trato con los hijos.

Este derecho de visitas o derecho al trato, admite dos modalidades, un régimen abierto para la generalidad de los casos, en que el padre o la madre tienen derecho a retirar el hijo del hogar en que vive y tenerlos consigo por lo menos un día a la semana, el día de su onomástico, en una de las festividades de navidad o año nuevo y además un período adicional en vacaciones escolares, a fin de que la comunicación se desarrolle en un ambiente de privacidad, afecto y confianza y sobre todo sin interferencias o tensiones innecesarias; y será un régimen restringido por excepción respecto de niños de muy corta edad que no puedan desplazarse o tomar sus alimentos por sus propios medios o en casos graves en los que exista un temor fundado de riesgo para la salud o la integridad física del menor en los que se autorizaría visitas sólo domiciliarias o supervisadas.

El anhelo de tener comunicación y trato con los hijos responde a un deseo tan natural que ni la conducta culpable que hubiera dado lugar al divorcio puede constituir obstáculo para que se reconozca ese derecho, pero para ejercer ese derecho a las visitas, que se considera un residuo de la patria potestad, "debe acreditarse el cumplimiento de la obligación alimentaria" como lo condiciona el artículo 96° del Código de los Niños y Adolescentes, de modo que si no se acredita ese hecho podría negarse el derecho de visitas a incluso no darse trámite a la reclamación por constituir un requisito de procedibilidad.

Esa suerte de sanción al padre que no cumple la prestación alimentaria es considerada por Guillermo Borda como "un remedio efficacísimo contra la mora del padre y un justo castigo para quien no cumple con el deber primordial de alimentar a sus hijos", solución sobre la cual en cambio Eduardo Zannoni expresa sus dudas ya que el derecho de visitas es "un deber de éste, que consulta al interés del hijo, que tiene derecho a ser visitado por el padre o madre en caso de separación de sus progenitores" por lo que siendo beneficiosa la influencia de ambos padres podría obviarse ese condicionamiento en casos muy especiales y por decisión motivada, como los de incumplimiento parcial que obedezca a razones atendibles.

Fijado el régimen de visitas por acuerdo de partes sometida a la aprobación del Juez o por decisión de este ante el desacuerdo de las partes, suelen presentarse casos de incumplimiento o de burla deliberada por parte del progenitor que tiene el ejercicio de la patria potestad como una venganza por los agravios reales o imaginarios que pudiera haber sufrido, en esos casos, si persistiera la situación de resistencia comprobada, pese a los requerimientos y apremios de ley, esa contumacia podría dar lugar incluso a una variación de la tenencia como lo autoriza el artículo 99° del Código de los Niños y Adolescentes.

V. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LOS PROCESOS DE DISENSO SOBRE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Respecto a los procesos de disenso sobre el ejercicio de la patria potestad, es preciso señalar algunas notas que caracterizan la intervención de los sujetos relacionados a dichos procesos.

1. Intervención del Juez

La forma mas viable, para superar los conflictos sobre el ejercicio de la patria potestad, y que además guarda coherencia con el sistema del ejercicio

RDCP

compartido que a su vez se deriva de la igualdad jurídica de los progenitores, es el tratamiento judicial de los disensos, esto es, que el Juez dirime las discrepancias.

Será el Juez especializado en lo Civil de Primera Instancia, en los casos de divorcio, separación de cuerpos e invalidez de matrimonio, como un extremo accesorio a esas reclamaciones principales por el llamado fuero de atracción, y el Juez Especializado del Niño y Adolescente en los demás casos como el de separación puramente fáctico entre los progenitores.

2. Intervención de los padres del menor

La patria potestad como institución natural y jurídica tiene un ámbito limitadísimo en cuanto a los sujetos activos y pasivos inmersos en esa relación, los primeros lo constituyen el padre y la madre, no se extiende a los demás ascendientes ni se ramifica en pariente colateral alguno, y en cuanto a los sujetos pasivos siempre es necesario ser hijo, por lo que la patria potestad se circunscribe a la relación paterno filial.

Las personas legitimadas para intervenir como parte en estos procesos son pues los padres, aunque el artículo 91º del Código de los Niños y Adolescentes, permite que pueda intervenir o disputar ese complejo de deberes y derechos "cualquier persona que tenga legítimo interés", enunciado tan amplio que nos parece peligroso si es que no se hace ninguna salvedad o atenuancia, ya que los abuelos u otros parientes pueden ser llamados a la guarda a título de tutores sólo en defecto de los padres, es decir existan causales de privación, pérdida o suspensión de la patria potestad, mas no cuando ellos están expeditos, no se puede confundir la patria potestad con la tutela que son instituciones diferentes aunque vecinas.

3. Intervención del menor

Según el artículo 93º del Código de los Niños y Adolescentes, para resolver los casos de disenso sobre la patria potestad o tenencia, el Juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, lo que tiene sentido lógico pues los sujetos pasivos y beneficiarios de esta figura que son los hijos menores de edad no podían permanecer al margen de una decisión que les atañe de modo tan íntimo y directo.

Dicha norma establece una diferencia de énfasis: en el caso del niño (que se considera como tal al ser humano hasta los doce años de edad), debe escucharse la opinión de éste, aunque, por su naturaleza, no es obligatorio tenerla en cuenta; en el caso del adolescente (desde los doce hasta los dieciocho años de edad), ya no

se trata de una simple opinión, pues se dispone que el Juez debe tomarla en cuenta, seguir el sentido de su determinación, salvo que existieran otras circunstancias graves que justifiquen apartarse de ese parecer.

Se ha criticado esta disposición en el sentido de que pedirles opinión a los hijos menores de edad sobre este punto, implicaría enfrentarlos a una decisión que puede resultarles traumática o en todo caso incómoda pues los hijos tratan de mantener una situación de equilibrio o neutralidad frente a sus padres, pero no debe prescindirse de su intervención pues resultaría perjudicial a sus intereses, sería reducirlos al papel de objetos, desconociendo que los menores tienen una personalidad que puede y debe manifestarse proporcionando al Juez un valioso elemento de juicio respecto a la forma en que se han desenvuelto las relaciones familiares.

4. El Fiscal del Niño y el Adolescente

El representante del Ministerio Público tiene por función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y el adolescente, y debe emitir dictamen previo en todos los casos de disenso sobre el ejercicio de la patria potestad. El fundamento de su intervención, bajo sanción de nulidad de lo actuado si es que se hubiese omitido, radica en que los menores, estén o no sujetos a la patria potestad, se encuentran bajo la protección del Estado que ejerce una función de contralor respecto de ellos.

Mientras la patria potestad se ejerce razonablemente el Ministerio Público no tendría porque interferir pues su intervención lejos de ser conveniente podría causar perturbaciones, menoscabar la autoridad paterna, pero si ella se ejerce abusivamente ya nadie discute la legitimidad de su intervención para prevenir daños irreparables o para corregir los excesos.

EL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO

Constituye un valioso elemento de juicio en este tipo de procesos sobre disenso (en el ejercicio de la patria potestad), la información que proporciona el equipo multidisciplinario conformado por médicos, pedagogos, sicólogos y asistentes sociales, a los que se refiere el artículo 173° del Código de los Niños y Adolescentes, que son órganos auxiliares cuyos informes orientan la decisión judicial aunque no necesariamente la obligan.

De ellos, el informe del Asistente Social respecto al entorno familiar y medio ambiente físico social en que reside el menor o adolescente y los padres es tal vez el más importante para tener una idea aproximada de las circunstancias en que se desarrollan las relaciones familiares; también tiene ese carácter, el examen psico-somático que practica el Instituto de Medicina Legal en aquellos casos en que esté en tela de juicio el normal desarrollo físico y psicológico del menor o adolescente, o el equilibrio emocional de los padres.

VI. PATRIA POTESTAD, TENENCIA Y GUARDA

El Código de los Niños y Adolescentes regula en capítulos independientes los institutos de la patria potestad, tenencia y guarda, creando de ese modo una cierta confusión conceptual, por lo que es preciso examinar si se trata de figuras autónomas o simplemente efectos o modalidades subsidiarias a la figura matriz que es la patria potestad.

Consideramos al respecto, que uno de los efectos que se deriva de la patria potestad es el de la tenencia. Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad —dice el artículo 423º, inc. 5) del Código Civil- el "Tener a los hijos en su compañía", es decir, tenerlos consigo, el de recogerlos del lugar donde estuvieron sin su permiso, recurriendo a la autoridad de ser necesario; de ahí el término derivado de tenencia.

Correlativamente, los hijos tienen la obligación de vivir en casa de sus padres o en la de uno de ellos, no pudiendo hacer abandono del hogar paterno o materno en el que estuviesen sin permiso del progenitor a cargo de su cuidado, lo que es explicable pues si los padres son responsables de su adecuada formación y desarrollo, deben tener a los hijos a su alcance. La tenencia, llamada también custodia o guarda, no es, pues, algo distinto de la patria potestad sino nada más que uno de los atributos de ella.

Las controversias sobre patria potestad no se circunscriben pues a los casos de pérdida, privación, suspensión, extinción o restitución de la patria potestad, sino también a los casos de disenso en su ejercicio, lo que es regulado por el Código de los Niños y Adolescentes, bajo la denominación de tenencia.

Cuando la guarda o custodia de los hijos menores de edad es ejercida por ambos o por uno de los padres, se habla de la tenencia, pero es posible que esa guarda o custodia sea confiada a otros parientes y aun a terceros, casos en los cuales ya no se puede hablar de patria potestad que sólo corresponde a los padres. Esa



guarda o custodia puede confiarse en forma permanente bajo la figura de la tutela, o en forma transitoria bajo la figura de la guarda en sentido estricto.

El tutor tiene a su cargo la alimentación, educación, cuidado y protección de la persona y bienes del menor que carece de padres expeditos, la tutela es una institución supletoria a la patria potestad aunque parecida o vecina a ella. La guarda en sentido estricto difiere de la tutela por su caracter transitorio, en que mediante resolución judicial una persona se hace responsable del menor de edad, cumpliendo fines similares a los de la tutela.

Como el artículo 110° del Código de los Niños y Adolescentes circunscribe la guarda al "estado de abandono" del niño o adolescente, se ha pretendido restringir el uso de esa figura en el procedimiento tutelar que es la vía idónea para calificar el estado de abandono, criterio que no compartimos pues entre las materias de contenido civil, el artículo 186° del Código de los Niños y Adolescentes contempla el proceso sobre guarda, aunque en vía no contenciosa.