

PATRIA POTESTAD Y GUARDA ALTERNADA Y CONJUNTA O COMPARTIDA

Por Lisandro CRUZ PONCE

Nos corresponde analizar los procedimientos legales sobre la guarda, cuidado, tuición y custodia de los hijos, en los casos de desintegración familiar, por divorcio o separación de los progenitores.

La ruptura de la armonía conyugal, conlleva para los hijos sufrimientos, sacrificios, frustraciones, dudas y angustias, por el justo temor a la soledad, al abandono y al desamparo.

Muchos son los sistemas que se han ideado para resolver o aminsonar estas consecuencias crueles y dolorosas, pero sus resultados no han sido satisfactorios. Por el contrario, muchos de estos procedimientos sólo han contribuido a una mayor desintegración de la familia en crisis.

La más frecuente de estas medidas consiste en privar a uno de los progenitores de toda intervención en la vida futura del hijo, entregando al otro su cuidado y a veces el ejercicio exclusivo de la patria potestad o encomendando esta función a un tercero o a un establecimiento educacional.

Generalmente los jueces otorgan estas atribuciones a la madre por considerar que ella está más capacitada que el padre para cuidar y atender a los hijos, en especial cuando éstos son de escasa edad. También muchas legislaciones adoptan idénticos sistemas, como ocurre en materia de divorcio en el artículo 282, fracción VI, del código civil del Distrito Federal y en los ordenamientos legales de otros países.

La legislación universal señala a los progenitores un complejo sistema de supuestos, destinados a facilitar, mediante el intercambio de opiniones, los medios más adecuados para la orientación presente y futura de los hijos, en los casos de separación y divorcio.

La expresión “guarda”, “cuida”, “custodia” o “tuición” de los hijos debe considerarse en su sentido más amplio. Comprende: el cuidado personal del hijo, su protección, vigilancia y dirección; do-

tarle de los elementos necesarios para su pleno bienestar físico; proporcionarle los medios recreativos propios de su edad; velar por su salud e integridad física; otorgarle alimentación y vivienda adecuadas; atender a su educación; velar por su superación técnica, científica y cultural; colaborar con los maestros en las actividades docentes; prepararle para su formación en la vida social; inculcarle el respeto a los demás y el amor a los valores nacionales y a los símbolos patrios. Todo este conjunto de deberes podrá realizarse en mayor o menor grado, en la medida de los recursos que dispongan.

Cuando los dos progenitores ejercen en común la patria potestad, estas obligaciones recaen sobre ambos. Deben igualmente representar al hijo en los actos y negocios en que tengan interés y administrar y cuidar de sus bienes si los tuvieren.

El ejercicio de la patria potestad comprende, pues, estas tres áreas: custodia, representación y administración de los bienes del hijo. Su ejercicio será conjunto cuando exista armonía conyugal, pero cuando se priva a uno de los progenitores de toda intervención en el destino de los hijos, será el responsable de su custodia o guarda quien decidirá su futuro; lo acogerá en su hogar, elegirá libremente los sistemas educacionales que le impartirán, el médico que deberá atenderlo en los casos de enfermedad y, en general, quedará sometido en forma exclusiva a sus designios y arbitrios.

Cuando la patria potestad es ejercida sólo por el padre o la madre, se producen efectos negativos, que jueces y legisladores tratan de evitar. Opina Marie Pratte, que es palpable el desinterés del otro progenitor, al perder contacto con el hijo; y, pasado el tiempo, se transforma en un extraño, en desconocido y hasta en enemigo, cuando subsisten los rencores que motivaron la separación, si quien ejerce la plenitud de los poderes fomenta el odio contra el excluido. Hoy se ensayan nuevos sistemas, con el fin de distribuir entre los padres separados una repartición equitativa y en lo posible igualitaria de los deberes que impone el ejercicio de la patria potestad.

Opinan destacados juristas que no debe privarse de la patria potestad a uno de los progenitores para concederla en forma exclusiva al otro, cuando no existen causales de extrema gravedad que puedan justificarlo. Afirman que puede limitarse su ejercicio, pero no su despojo.

El deber de proteger al hijo ha traído consigo la necesidad de buscar nuevos sistemas para impedir las tensiones inherentes al di-

vorcio y a la separación. Se considera que la liberación de las leyes de divorcio permiten que la separación de los cónyuges sea hoy más fácil, sin conflictos ni agravios innecesarios, sin invocar o atribuir faltas al otro cónyuge.

Las medidas que hoy se proponen para evitar daños al hijo por la guarda exclusiva son varias, entre ellas podemos citar: la patria potestad alternada y la guarda conjunta o compartida.

En la guarda alternada el hijo debe vivir sucesivamente por periodos, a veces muy prolongados, con cada uno de sus padres, quienes ejercerán por turnos la autoridad parental.

Marie Nicolas, la denomina “residencia flotante” por el cambio sucesivo de domicilio del hijo. La jurista canadiense Marie Pratte, opina que este sistema presenta ventajas e inconvenientes. Permite que el hijo viva en forma alternada en contacto directo e íntimo con cada uno de sus progenitores y no con uno de ellos solamente. Esta convivencia logra mantener viva la confianza y el afecto filial que el divorcio o la separación suelen interrumpir peligrosamente.

Pero el hijo se desplaza, alternativamente, del domicilio de uno de sus progenitores al del otro. Se le critica porque no ofrece estabilidad moral y material al hijo que debe cambiar periódicamente de hogar, de escuela, de ciudad o país, con grave daño para su formación educacional y su vida de relación, pues le aleja de sus maestros, compañeros y amigos y de las personas que ha logrado conocer en este extraño y raro proceso alternativo de existencia. Se le expone también a convertirse en partícipe de los rencores que ocasionó la separación de sus padres, cuando aún no han sido olvidados los agravios, influyendo negativamente esta actitud en la formación física y espiritual del hijo. Impide además o dificulta la colaboración recíproca que se requiere de los progenitores, para tan altos fines.

La destacada jurista canadiense, opina que este sistema de guarda alternada es raramente atribuida por los jueces de su país.

La guarda conjunta o compartida es el otro sistema que se ha puesto en práctica en diversos países; evita que a uno de los progenitores se le prive del ejercicio de la patria potestad o autoridad parental como la denomina el Código civil francés. Para el éxito del sistema es necesaria la más amplia colaboración de ambos progenitores. De común acuerdo convendrán a quien corresponderá el cuidado personal del hijo, obligándose el otro a una cooperación en lo posible igual a la existente antes de la separación; será oído en las resoluciones importantes que deban adoptarse en interés del

hijo. En el hecho no es la guarda, sino los demás atributos de la patria potestad los que se ejercen en común.

Los partidarios de este nuevo sistema opinan que asegura la continuidad de contactos entre los progenitores y el hijo e impide el desinterés del que no queda al cuidado personal, quien se otorga el más amplio derecho de visita y de correspondencia con el hijo. Según el profesor Grimaldi, la guarda conjunta permite que el hijo ignore o se olvide de la existencia del divorcio de sus padres, pues le hace mantener la esperanza de que podrá continuar su vida de relación con ambos, gracias al entendimiento producido en su interés.

El concepto de guarda conjunta impide que uno de los progenitores tenga prioridad sobre el otro; permite el equilibrio de derechos y la igualdad de opciones. El derecho a la guarda otorga a quien la ejerce poderes ilimitados sobre la persona del hijo; la guarda conjunta trata de evitar esta situación de privilegio, otorgando a quien no ejerce la custodia el derecho de visitar al hijo, de intervenir en la adopción de resoluciones sobre todos los aspectos relacionados con el interés del hijo.

Hay defensores e impugnadores de este nuevo sistema. Descansa, fundamentalmente, en el principio moderno del “interés exclusivo del hijo” que encontramos incorporado a las nuevas legislaciones sobre la filiación. La justicia dice Shaki, comentando la legislación de Israel sobre esta materia, se confunde con el interés exclusivo del hijo, porque las leyes sobre la custodia no se hacen para el bienestar de los padres sino de los hijos. El nuevo sistema permite mantener plenamente las relaciones afectivas entre los hijos y sus progenitores, quienes estarán en situación de proporcionarles en todo tiempo la ayuda material y moral que requieran. Puede decirse, agrega el autor citado, que el interés del hijo es el mejor medio de asegurar, que, en cada caso particular, se le otorgarán los cuidados necesarios para la satisfacción de sus necesidades psíquicas y materiales, de acuerdo a su edad. Ello le permitirá vivir dentro de una atmósfera adecuada muy necesaria para su educación y aprovechamiento.

En el establecimiento de la guarda conjunta no basta el simple acuerdo de los progenitores, se requiere fundamentalmente la ratificación del juez, quien al resolver sobre la petición deberá considerar los intereses superiores del hijo como el único factor decisivo. Los opositores al sistema consideran que no ofrece la estabilidad necesaria para el debido equilibrio psicológico del hijo, pues en-

tre los padres divorciados el riesgo de discordia es muy grande y puede dañar a los hijos. Los daños pueden ser superiores si la guarda conjunta es el producto de la imposición, cuando es decretada contra la voluntad de los padres.

En oposición a estas críticas se argumenta que estos mismos conflictos pueden presentarse entre los padres no divorciados. Los códigos consideran que si los cónyuges tienen dificultades pueden pedirle al tribunal que regule sus diferencias; lo mismo puede hacerse en los casos de guarda conjunta.

Sobre los orígenes del sistema hay opiniones diversas. Hay quienes consideran que fueron los tribunales del *Common Law*, los que primero consideraron que no era posible privar del ejercicio de la patria potestad al padre meritorio, cuyo comportamiento no fuera objeto de reproches.

En Francia, por ley del 22 de julio de 1987, se otorgó categoría legal a la “guarda conjunta”; antes de esta fecha los tribunales no la consideraban en materia de divorcio, porque la legislación lo impedía. Esta ley modificó el artículo 287 del Código civil francés, quedando redactado como sigue: “De acuerdo al interés de los hijos menores, la autoridad parental será ejercida, ya sea en común por ambos progenitores cuando lo hayan solicitado al juez, o sólo por uno de ellos. En caso que se ejerza en común la autoridad parental, el juez indicará a cuál de los progenitores corresponderá tener al hijo en su hogar.”

También fue modificado el artículo 288 con un nuevo párrafo, quedando como sigue: “En el caso de ejercicio común de la autoridad parental el padre que no vive con su hijo contribuirá a su mantenimiento y a su educación en proporción a sus recursos y a los del otro progenitor.” Este mismo artículo 288 considera la situación legal del progenitor que no tiene el ejercicio de la autoridad parental, disposición que puede ser aplicable por analogía en los casos de guarda conjunta. Dice así: “El padre que no tenga el ejercicio de la autoridad parental conserva el derecho de vigilar el mantenimiento y la educación del hijo y debe ser informado, de las cosas importantes relativas a la vida de este último. Contribuirá en proporción a sus recursos y los del otro progenitor.”

También esta ley considera el establecimiento de la autoridad parental conjunta de los hijos naturales, cuando ambos progenitores las han reconocido. Dispone al efecto el artículo 374 del Código civil, de acuerdo a su nueva redacción: “La autoridad parental será ejercida sobre el hijo natural por el progenitor que le hubiere

reconocido voluntariamente, si sólo ha sido reconocido por uno de ellos. Si ambos lo han reconocido la autoridad parental será ejercida por la madre.” Y agrega a continuación: “La autoridad parental puede ser ejercida en común por ambos padres, si lo solicitan conjuntamente ante el juez de tutelas.”

Los jueces canadienses, con algunas reservas, están considerando también el ejercicio conjunto de la autoridad parental, según lo expone la jurista Marie Pratte.

En la legislación mexicana, en los casos de divorcio voluntario, las partes de común acuerdo pueden proponer al juez el sistema que consideren más adecuado para la custodia de los hijos. Sin embargo es el juez en definitiva, quien debe autorizar para hacerles valedera la opción, con las limitaciones que considera la fracción VI del artículo 282. En los casos de divorcio necesario el artículo 283 otorga amplias facultades al juez sobre esta materia. Con respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio los artículos 415, 416 y 417, señalan las normas relativas al ejercicio de la patria potestad y los artículos 380 y 381 sobre la custodia de estos hijos. Estas disposiciones facultan a los progenitores para convenir lo que consideren más adecuado sobre la patria potestad y la custodia, sin privar al tribunal de la facultad de resolver en definitiva lo que considere más favorable para los hijos.

Encontramos en varias legislaciones normas liberadoras sobre la guarda, en especial en los códigos de la familia promulgados en diversos países. Es digno destacar los esfuerzos que realizan las Naciones Unidas por dar soluciones más justas y adecuadas sobre la materia.

Resumiendo lo expuesto, podemos concluir que la jurisprudencia y la legislación modernas consideran diversos sistemas sobre la guarda de los hijos, cuando se produce la separación de los progenitores. Entre estos sistemas, tenemos la guarda alternada y la conjunta o compartida:

La guarda alternada permite que el hijo viva sucesivamente por lapsos, a veces prolongados, con cada uno de sus padres, ejerciendo ellos alternativamente la autoridad parental por turnos. La guarda conjunta o compartida no priva a los cónyuges o ex cónyuges de la patria potestad sobre sus hijos y es ejercida en común por ambos progenitores, debiendo en todo caso ser autorizada o ratificada por el juez.

Consideran algunos juristas que debe adoptarse este sistema en los casos de dudas, cuando los progenitores disputan la guarda.

Existiría al respecto una especie de presunción de ser el medio más adecuado en los casos conflictivos. Si hay varios hijos, debe evitarse la separación de los hermanos. Sin embargo, no están de acuerdo los juristas acerca de la responsabilidad por los daños imputables a los menores bajo guarda. ¿Quién debe responder por ellos?

Terminamos esta exposición reconociendo que no se trata de soluciones ideales, ni existen estadísticas sobre sus resultados, pero es evidente la importancia de estos sistemas que tratan de aminorar los daños que acarrea para los hijos menores de edad, la desintegración del hogar familiar.

BIBLIOGRAFÍA

- CHAMBERS, David, "Rethinking the substantive rules for custody disputes in divorce", *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 83, núm. 3, diciembre de 1984.
- ERNEST, George David, "Joint Custody and Parents'. Liability under Civil Code Article 2318", *Louisiana Law Review*, Louisiana, vol. 44, núm. 6, julio de 1984.
- MANFREDY, Conrado, "La custodia", *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Ponce, Puerto Rico, año XXII, núm. 85, julio-octubre de 1982.
- MOUSSA, Tony, "La garde conjointe ou la tentation de sacrifier la légalité a la commodité", *Recueil Dalloz Sirey*, París, núm. 7, 16 de febrero de 1984.
- NICOLAS MAGUIN, Marie France, "Pouvoirs du juge et volonté des parents dans l'exercice en commun de l'autorité parentale prévu par la loi du 22 juillet 1987", *Recueil Dalloz Sirey*, París, núm. 42, 15 de diciembre de 1988.
- PRATTE, Marie, "La garde conjointe des enfants de familles desunis", *Revue Generale de Droit*, Canadá, vol. 19, núm. 3, septiembre, 1988.
- SHAKI, A. H., "La garde des enfants en droit israélien", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año XXXVI, núm. 2, abril-junio de 1984.
- Ley Francesa núm. 87-570 del 22 de julio de 1987, sur l'exercice de l'autorité parentale.
- Código civil del Distrito Federal.
- Código Civil Francés.
- Código de la familia de Cuba.