

GUÍA RÁPIDA FRANCIS
LEFEBVRE

**Medidas en
Procesos de
Separación y
Divorcio
(Familia y Menores)**

Fecha de edición: 5 de diciembre de 2018



Es una obra realizada por iniciativa
y bajo la coordinación
de la Redacción de
Francis Lefebvre
sobre la base de un estudio técnico
cedido por

Coordinadora:
MARTA SÁNCHEZ ALONSO

Autores:

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Madrid (Familia)
FRANCISCO JUAN HERNÁNDEZ BAUTISTA
Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ponteareas (Pontevedra)
MARÍA LINACERO DE LA FUENTE
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid
EVA MARÍA LUNA MAIRAL
Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Familia número 28 de Madrid
ANTONIO MACLINO NAVARRO
Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santa Coloma de Farners (Gerona)
MARTA SÁNCHEZ ALONSO
Magistrada del Juzgado de Familia número 28 de Madrid
BELÉN UREÑA CARAZO
Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 23 de Palma

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 37,44 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-17544-19-5
Depósito legal: M-41033-2018
Impreso en España
por Printing'94
Paseo de la Habana, 9-11. 28036 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.



Plan general

	<u>Página</u>
Capítulo 1. Patria potestad	9
Capítulo 2. Guarda y custodia	29
Capítulo 3. Régimen de comunicación y estancias	51
Capítulo 4. Pensión alimenticia	73
Capítulo 5. Atribución del uso de la vivienda familiar	107
Capítulo 6. Pensión compensatoria	135
Capítulo 7. Compensación del trabajo para la casa	165
Capítulo 8. Indemnización por nulidad matrimonial al cónyuge de buena fe	177
Capítulo 9. Ejecución de sentencia	181
Capítulo 10. Jurisdicción voluntaria	209
Índice analítico	227

Abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCC	Código Civil de Cataluña
CE	Comunidad europea
Circ	Circular
Const	Constitución Española
CP	Código Penal (LO 10/1995)
D	Decreto
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado
Dict	Dictamen
Disp.adic.	Disposición adicional
Dleg	Decreto legislativo
EDJ	El Derecho jurisprudencia
EJV	Expediente de jurisdicción voluntaria
Instr	Instrucción
IRPF	Impuesto sobre la renta de las personas físicas
L	Ley
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos (L 29/1994)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LH	Ley Hipotecaria (D 8-2-1946)
LO	Ley orgánica
RD	Real decreto
RDL	Real decreto ley
RDLeg	Real decreto legislativo
Resol	Resolución
TCo	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

CAPÍTULO 1

Patria potestad

Sección 1. Ejercicio.....	9
Sección 2. Emancipación y beneficio de la mayoría de edad	21

SECCIÓN 1

Ejercicio

1. Cuestiones destacadas	9
2. Resolución de discrepancias entre los titulares	10
3. Privación y/o restricciones al ejercicio	16

1. Cuestiones destacadas

La patria potestad de los hijos se ejerce, con carácter general, de manera compartida entre los progenitores. Ello propicia situaciones de **discrepancia entre sus titulares**, no necesariamente en un contexto de quiebra familiar. A continuación se exponen las controversias más habituales.

- ✓ Análisis de situaciones propiciadas por la **salida del territorio nacional** de los hijos menores de edad, analizado desde una doble vertiente:
 - Por el **cambio de residencia** del progenitor que ostenta su guarda y custodia, conforme a los derechos que le asisten, frente al otro progenitor, cotitular de la patria potestad, con derecho a decidir en cuestión de indudable trascendencia para el menor.
 - Por la salida temporal, con motivo de un **viaje de vacaciones** o visita al país de origen y la oposición del otro progenitor, que presiente un posible riesgo de **sustracción o secuestro del menor**.
- ✓ Repaso a las controversias más habituales suscitadas en el seno de un **trámite procesal**.
- ✓ Análisis de la potestad de los progenitores para accionar en defensa del menor sin el **conocimiento o autorización** del otro.
- ✓ Estudio de las discrepancias entre los progenitores que afectan a **cuestiones de culto** e inculcación a los hijos de valores religiosos.
- ✓ Exposición de supuestos ilustrativos que justifican **restricciones al ejercicio o privación de la patria potestad** a alguno de los progenitores.
- ✓ Repaso de las **consecuencias y efectos** de dichas restricciones o privaciones.
- ✓ Identificación de las **circunstancias** que justifican la adopción de tal medida.
- ✓ Valoración de la **intensidad de los incumplimientos**, voluntarios o no, de los deberes inherentes a la patria potestad como circunstancia que justifica la privación de la patria potestad o el ejercicio de la misma.

2. Resolución de discrepancias entre los titulares

a. Cambios de residencia al extranjero	10
b. Salidas al extranjero	11
c. Otros supuestos habituales.....	12

a. Cambios de residencia al extranjero

(CC art.68 y 70; Const art.19)

¿Cómo incide el derecho constitucional de los progenitores a fijar libremente su lugar de residencia junto al menor bajo su guarda y custodia? Aunque la Const art.19 recoge el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a salir de España en los términos que la ley establezca, el cambio de residencia del progenitor que ostenta la guarda y custodia junto al menor requiere el **análisis de la conveniencia** del cambio, según el entorno social y la adaptación. Si es negativo para el interés del menor, puede conllevar la **modificación** de la guarda y custodia en favor del otro progenitor que se opone, porque la decisión pertenece a la esfera de la patria potestad que ostentan ambos padres.

Casuística

1. «La guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad, y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el CC art.70, para dar cumplimiento a lo previsto en el CC art.68, respecto de la **obligación de vivir juntos**» (TS 26-10-12, EDJ 232597).
2. «La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de **acuerdo para el ejercicio** de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otras la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia» (TS 11-12-14, EDJ 222759).

¿La nacionalidad del menor condiciona la decisión sobre el cambio de residencia al extranjero? No es la nacionalidad sino el interés del menor, porque un cambio de residencia conlleva **valorar la adaptación**, el idioma diferente, los hábitos, la escolarización, las costumbres e incluso los gastos de desplazamiento. El TS ha fijado como doctrina este criterio del **interés del menor**, a tener en cuenta en todos los supuestos de cambio de residencia del progenitor extranjero.

Casuística

Doctrina jurisprudencial: «El cambio de residencia del extranjero progenitor custodio puede ser judicialmente **autorizado** únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él» (TS 20-10-14, EDJ 181534).

¿Cabe en EJV autorizar salida al extranjero bajo condiciones introducidas en la vista oral? Cuando se introduce como condición para la autorización de la salida al extranjero una **cuestión nueva** en el acto de la vista, no prevista en los respectivos escritos de las partes –incluso si se produce después, en una apelación– la respuesta ha de ser negativa, pues contraviene la afirmación de que no caben pretensiones nuevas, no solo independientes de las planteadas en tiempo y forma, sino cualesquiera que varíen, alteren o complementen las anteriores.

Casuística

1. «Una posición contraria atacaría el principio procesal de prohibición de la *mutatio libelli*» (TS 30-1-07, EDJ 4007).
2. «Cabe la posibilidad de incorporar al proceso hechos nuevos en diversas perspectivas, pero han de consistir en eventos que se integren en la *causa petendi* de la pretensión principal ejercitada, que formen parte del **objeto del debate** jurídico, sin que

al amparo de la LEC art.862.3, quepa intentar con éxito modificación alguna en los términos en que quedó planteada, y, a su vista, resuelta la *litis* en la primera instancia del juicio» (TS 7-6-02, EDJ 20088).

b. Salidas al extranjero

(CC art.154 y 156; Rgto CE/2201/2003 art.1.1.b)

¿Cómo incide la invocación a un riesgo de secuestro en una solicitud de prohibición de salida del menor al extranjero a través de un EJV?

No basta la mera invocación del riesgo de secuestro, la petición debe venir acompañada de una fundamentación de la cual se deduzca la seriedad de la petición y la ausencia de abuso de derecho. El **arraigo en España**, su escolarización, el trabajo, el tiempo que lleva viviendo en el país, sus raíces, etc., todo ese conjunto de elementos fundados son los que permiten decidir si existe o no **causa suficiente**. La manifestación en abstracto de un riesgo no conlleva la concesión automática de la prohibición.

Casuística

«Las razones que el padre de la menor dio para oponerse judicialmente a lo solicitado por la actora se concretan en el riesgo de secuestro de la niña por la madre durante la estancia en un país extranjero. Mas tal riesgo no lo justifica con indicio alguno, lo que pone de relieve que su **oposición es temeraria**, sin fundamento alguno, y ha sido formulada con notorio abuso de derecho, aprovechándose de la previsión legal facilitadora del acceso a la justicia para dificultar el ejercicio de un derecho por parte de la su propia hija» (AP de Barcelona auto 14-6-17, EDJ 217039).

¿Se puede invocar el Rgto CE/2201/2003 contra el progenitor que no autoriza la expedición del pasaporte y posterior viaje del menor a fin de obtenerla?

El Rgto CE/2201/2003 art.1.1.b), se aplica con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la **responsabilidad parental**. Tanto el concepto «materias civiles» como el de «responsabilidad parental» han de ser interpretados de manera amplia, de conformidad con el objetivo recordado en su considerando 5. El juez, por tanto, atendiendo al objeto procesal y a la petición en sentido estricto que pretende obtener la **autorización judicial** para la expedición del pasaporte ante la negativa de uno de los progenitores, puede pronunciarse porque se trata de una cuestión de responsabilidad parental, que comprende todos los derechos y obligaciones de los padres con relación a sus hijos en la esfera personal y patrimonial.

Casuística

«Está incluida en el ámbito de aplicación material del Rgto CE/2201/2003 la acción por la que uno de los progenitores solicita al juez que supla la falta de **consentimiento del otro progenitor** al viaje de su hijo menor de edad fuera del Estado miembro en que este reside y a la expedición de un pasaporte a su nombre, incluso en el caso de que la resolución judicial que se dicte al término de dicha acción deba ser tenida en cuenta por las autoridades del Estado miembro del que el menor es nacional en el procedimiento administrativo de expedición de ese pasaporte» (TJUE 21-10-15).

Viaje al extranjero y oposición de los padres por riesgo de secuestro.

¿Cómo probarlo? El anuncio de un posible secuestro en el extranjero debe ir acompañado de la **prueba**, porque no se puede hacer una alegación de esta naturaleza para combatir los argumentos de la parte contraria sin que resulte acreditado el factor riesgo. Por ello, una mera manifestación de parte en tal sentido requiere, a fin de evitar el notorio **abuso del derecho**, la justificación adecuada. Nos sirven los siguientes **elementos de valoración**: el arraigo, la existencia o no de familiares en el país de origen o destino, la nacionalidad, el trabajo, el tiempo de residencia en España, etc.

Casuística

«Consta que la actora tiene nacionalidad española, está arraigada en España, dispone de trabajo y vivienda de su propiedad, y que su actual compañero reúne también tales circunstancias, a excepción de su nacionalidad de origen, que es marroquí, al igual que la del padre de la menor (ahora recurrente). La programación de un viaje a Marruecos, donde viven los **abuelos** paternos de Patricia y la familia de la pareja de su madre y, por consiguiente, tiene allí parte de sus **raíces** en cuanto a la **estirpe y cultura** paterna, no tiene ningún riesgo especial ni puede justificar impedir el derecho de la menor a disfrutar del periodo vacacional acompañando a su madre y a su hermano» (AP Barcelona 14-6-17, EDJ 217039).

c. Otros supuestos habituales

[CC art.156, 169.2, 170, 171 y 314 s.; LO 1/1982; LO 1/1996; L 15/2015 art.6, 53, 59 y 60]

¿Cabe promover EJV para resolver una discrepancia habiéndose incoado previamente modificación de medidas solicitando el cambio de guarda y custodia? Se plantea aquí la identidad de objeto procesal de la L 15/2015 art.6 que impide la apertura simultánea de dos o más **EJV con idéntico objeto**. Lo mismo puede predicarse si se ha dictado un auto de **medidas provisionales** con la guarda y custodia establecida para uno de los progenitores, o incluso tras sentencia. La solución puede pasar por entender que, aun cuando en la guarda y custodia determina dónde ha de vivir el menor y con quién, no es solo el criterio del domicilio y la distancia al centro escolar, sino que **otros elementos a considerar** para tomar esta decisión, siendo así que el objeto no es coincidente sino más amplio y la decisión debe ser conjunta independientemente de quien ostente la guarda y custodia. La identidad parcial no es identidad objetiva a los efectos del citado artículo.

Casuística

1. «Aun cuando la decisión sobre la guarda, en cuanto determina el lugar en el que la menor va a residir de forma cotidiana, pueda ser uno de los elementos relevantes para resolver sobre la **elección escolar**, no es el único indicador a tener en cuenta – máxime en un momento de ruptura en el que se producen muchos cambios en la vida de los hijos y es deseable procurarles el máximo de estabilidad en la medida de lo posible» (AP Barcelona auto 28-9-16, EDJ 261275).

¿Puede uno de los progenitores instar por sí solo la acción de protección civil del derecho a la propia imagen del hijo común? La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la **intervención del Ministerio Fiscal**, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados (LO 1/1996). Si hay **oposición del Ministerio Fiscal** al consentimiento prestado por el representante legal, resuelve el juez (LO 1/1982). El **EJV** sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (L 15/2015 art.59 y 60), solo se aplica para la obtención de la autorización judicial del consentimiento en las intromisiones ilegítimas dentro del ámbito de la LO 1/1982 art.3. En consecuencia, ningún precepto expresa claramente que ambos progenitores deban **prestar consentimiento** a la vez y ninguno nos dice que la **oposición de algún progenitor** en esta materia sea propia del CC art.156. Sin embargo, parece evidente que uno por separado no pueda accionar en defensa de la imagen de uno de sus hijos emitida en cualquier medio de difusión sin el consentimiento del otro, salvo que no conste su oposición expresa. Hay, por tanto, un **litisconsorcio activo necesario** y el CC art.156 es aplicable, pudiendo recabar cualquiera de los padres la intervención del juez por una desavenencia en el ejercicio de la patria potestad.

Casuística

1. «Cuando en la cuestión objeto de un recurso están afectados menores, siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Const art.18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la **anuencia del Ministerio Fiscal**, la difusión de cualquier imagen de estos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico –TS 19-11-08, EDJ 217187–» (TS 17-12-13, EDJ 267545).

2. «Tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Const art.18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la **anuencia del Ministerio Fiscal**, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico» (TS 19-11-08, EDJ 217187).

3. «En definitiva, en el ejercicio de la acción de protección civil del derecho a la propia imagen del menor ambos progenitores deben actuar **conjuntamente** o, al menos, **uno sin la oposición del otro**. Los progenitores ejercen la potestad parental respecto a los hijos, la cual incluye su representación legal, conjuntamente, produciéndose en el ejercicio de la potestad la cotitularidad mancomunada que define el CC art.1137, siguiéndose de ella la existencia de una litisconsorcio activo necesario» (AP Barcelona 22-1-18, EDJ 23675).

¿Los estudios del menor en el extranjero justifican la modificación del régimen de visitas del progenitor no custodio? Siempre es posible modificar el régimen de visitas estableciendo un **reparto diferente en los tiempos** en cuanto a las visitas se refiere. Valorada la conveniencia del curso en el extranjero desde la perspectiva del interés del menor y teniendo en cuenta todos los elementos en juego en este caso: familiares, sociales, culturales, materiales, etc., por la vía de un **EJV** se puede plantear este conflicto y someterlo a la consideración judicial

Casuística

«No solo la experiencia demuestra que muchísimos hijos cursan sus estudios un año en el extranjero sino que por ello se rompa la relación paterno-filial, sino que las **alternativas al régimen de visitas** asignado al padre pueden no ser traumatizantes ni realmente implican perjuicio para las hijas, que no quedarían sin relacionarse con el padre. Además, se puede modificar en lo necesario el reparto de tiempos y, en su caso, otras medidas en adecuación a las nuevas circunstancias, lo que es otra cuestión a plantear, en su caso, a través del procedimiento correspondiente» (AP Córdoba auto 4-1-17, EDJ 41857).

¿En la resolución de una discrepancia, es admisible en apelación introducir hechos nuevos sin modificar el objeto del proceso? Por la singularidad del derecho de familia y por la existencia de la LEC art.752 sobre la **prueba en segunda instancia**, cabe pensar en la posibilidad de que, en la alzada, aplicando el principio de *favor filii*, el juez o el tribunal no se encuentren vinculados por las peticiones de las partes, estando facultados para adoptar medidas distintas a las solicitadas, siempre y cuando sean más beneficiosas para los menores. Cabe introducir hechos complementarios posteriores, pero **no modificar el objeto del proceso**, sin perjuicio de esa facultad del tribunal ya indicada.

Casuística

«Conviene indicar que en los procesos de familia en los que intervengan hijos menores, por el principio del *favor filii*, el juez o tribunal no se encuentra vinculado por las **peticiones de las partes**, pudiendo acordar medidas distintas a las por ellas solicitadas, siempre y cuando resulten más beneficiosas para los hijos» (AP Ciudad Real 1-3-18, EDJ 50043).

¿Cómo incide el derecho constitucional a la libertad de culto en la resolución de las desavenencias motivadas por creencias religiosas?

Una vez más, el enfoque no ha de centrarse en el derecho fundamental que reconoce la Const art.16 (libertad religiosa, ideológica o de culto) sino en el **riesgo para los menores** que conlleva la decisión. Por tanto, si el desacuerdo entre los progenitores representa un riesgo para la integridad física o moral, derivado de las creencias religiosas de uno de los padres y del principio del interés superior del menor, la resolución puede fundarse en esos dos criterios, independientemente de que afecte a ese derecho fundamental.

Casuística

1. «El hecho de que el abuelo paterno de las menores sea un dirigente religioso local cuya hijas y nueras han sufrido **mutilaciones genitales**, no hace sino presumir que existe cierto riesgo de que les vaya a suceder lo mismo a las hijas del apelante. Por tanto, el principio superior de los derechos del niño debe prevalecer a la intención del padre de que viajen a Gambia mientras sean menores de edad» (AP Barcelona auto 13-3-12, EDJ 79172).

2. «Todo lo expuesto ha llevado a apreciar a este Tribunal la realidad de un **riesgo lesivo** para las tres hermanas menores..., coincidiendo de este modo con la valoración del órgano *a quo* en la procedencia de la medida de prohibición de la salida del territorio español de las tres menores en los términos que lo establece la resolución recurrida» (AP Girona auto 2-7-07, EDJ 214942).

¿Procede acordar medidas de guarda y custodia o de patria potestad si el hijo alcanza la mayoría de edad durante la sustanciación del proceso?

Se toma como **momento de referencia** el de dictarse sentencia, no cuando se interpone la demanda; por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el CC art.169.2, con la **emancipación** se extingue la patria potestad y no ha lugar a ningún pronunciamiento de los indicados en la pregunta.

Casuística

1. «Es el hecho incontrovertido y acreditado con la documental obrante en autos que al tiempo de dictarse la sentencia ahora impugnada, el 5 de octubre de 2015, la hija menor de los litigantes, (...) a diferencia de lo que sucedía al interponerse la demanda en febrero de 1994, ya había alcanzado la mayoría de edad al haber cumplido 18 años de edad -CC art.315-. Por tanto, se encontraba emancipada -CC art.314.1- y ello determinaba que la **patria potestad** se había acabado o **extinguido** -CC art.169.2-> (AP Ciudad Real 26-3-18, EDJ 79746).

En relación con la pregunta anterior, ¿y siendo aún menor, pero viviendo independiente de sus padres con el consentimiento de estos?

Consideramos que no, por lo menos en lo que a la **patria potestad** se refiere -cuestión distinta sería la **guarda y custodia** innecesarias por consentimiento de ambos padres de la vida independiente del hijo- porque, si bien el CC art.319 prevé que «se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de 16 años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de estos», la emancipación real y efectiva se produce en escritura notarial y por sentencia judicial. De la interpretación conjunta de otros preceptos (CC art.169, 314 y 320) se deduce esta conclusión. Además, cabe la **revocación de la emancipación consentida** por los padres, en cualquier momento; y la L 15/2015 art.53 dice expresamente: «solicitud de emancipación que inste el mayor de 16 años sujeto a patria potestad».

Casuística

«Ahora bien tal precepto considera únicamente el supuesto de "vida independiente" del menor mayor de 16 años como si tal situación fuera una situación de **emancipación formal** y no meramente de hecho, pero que no alcanza en ningún momento a erigirse por ello en causa de extinción de la patria potestad, lo que se regula en pre-

cepto expreso y diverso, CC art.169, en relación entre otros con el CC art.314. De otro modo, únicamente la extinción "formal" por **escritura o resolución judicial** es la considerada legalmente a efecto de extinción de la patria potestad y no la fáctica o de hecho por vida independiente, mudable como lo es por simple variación de la voluntad misma que la sustenta, y sin necesidad de otros requisitos adicionales» (AP Córdoba 20-1-17, EDJ 41764).

¿Si se trata de un hijo con la capacidad modificada judicialmente se mantiene la patria potestad compartida en caso de divorcio de los progenitores? Hablamos de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, que el legislador limita a los hijos incapacitados judicialmente. Amén de reformas estructurales a la luz de la Convención Nueva York 13-12-2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad que aconsejen la supresión de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, entendemos que en el caso de hijos con discapacidad intensa o especial vulnerabilidad, al alcanzar la mayor edad, deberían preverse **medidas de apoyo** respetuosas con su libertad y grado de autodeterminación y siempre en interés de la persona con discapacidad (Convención Nueva York 13-12-2006). En dicha línea, cabe citar el reforzamiento de la curatela reinterpretedada a la luz de la citada Convención.

Casuística

1. En un caso de prórroga de la patria potestad como consecuencia de la incapacitación del hijo, el padre considera vulnerado el CC art.170 por **privación sin causa** de la patria potestad (TS 27-6-18, EDJ 511603). Si bien el TS entiende que hay razón para ello y desestima el recurso de casación, siendo perfectamente atendible que dicha prórroga de la patria potestad (la sentencia alude a veces a rehabilitación) pueda extenderse a **ambos progenitores** sin excluir al padre, lo que no impide el régimen de convivencia habitual con la madre, ni causa perjuicio a la persona con discapacidad. El TS invoca el CC art.171 y 156.5. El CC art.156.5 atribuye como regla general, si los padres viven separados, el ejercicio de la patria potestad, al progenitor con quien el hijo conviva. Lo razonable de acuerdo con la regulación de los efectos de la separación y el divorcio (CC art.90, 92 y 103) habría sido otorgar a ambos padres que viven separados el ejercicio de la patria potestad y al progenitor conviviente la **guarda y custodia**. La interpretación lógica y correctora del CC art.156.5, autoriza a entender, a pesar de la letra del precepto, que la **convivencia con uno de los progenitores** en los casos de separación no excluye al otro en el ejercicio de la patria potestad que, en principio, debe ser conjunto.

2. El TS rechaza la rehabilitación de la patria potestad y dispone la **curatela** ejercida por la madre: «La situación actual de don Mateo permite rechazar la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicada a una persona mayor de edad que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención (TS 29-4-09, EDJ 72792; 24-10-13, EDJ 201117). Para ello, resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretedada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre y no por su padre. En efecto, este proceso, como reconoce el recurrente, discurre paralelo al **proceso de divorcio**, estando en la actualidad el hijo conviviendo con su madre, lo que hace **inviable una curatela compartida**, siguiendo el modelo de la patria potestad, como se interesa, que en modo alguna resultaría beneficiosa para el discapaz, en cuyo beneficio e interés se actúa» (TS 4-11-15, EDJ 198476).

3. Privación y/o restricciones al ejercicio

(CC art.92, 154, 156 y 170)

¿La atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores priva al otro de alguno de los deberes inherentes a la patria potestad? No, porque el deber de los padres de atender a los hijos es inherente a la patria potestad, que **no queda limitada**, en esta consideración genérica de la misma, por el hecho de que a uno de los progenitores se le atribuya la guarda y custodia, pudiendo el otro **controlar** el que los hijos están perfectamente atendidos y ejercitar las acciones y responsabilidades que le corresponde al no custodio.

Casuística

1. «Es deber de los padres velar por sus hijos sujetos a la patria potestad (CC art.154.1); deber que no cesa por la atribución de la guarda y custodia al otro padre en proceso matrimonial. Por ello, la adopción por el progenitor separado de sus hijos de medidas dirigidas a **comprobar** que estos se encuentren **correctamente atendidos** por aquél a cuya guarda y custodia han sido confiados, medidas como son las aquí controvertidas, encuentran plena justificación ya que, en otro caso, el padre o madre separado de sus hijos se vería imposibilitado de cumplir con ese deber impuesto por la patria potestad de la que no ha sido privado e incluso, caso de tener que acudir a los tribunales para impetrar las medidas necesarias para el correcto cuidado de los menores, se vería impedido de utilizar medios de defensa legalmente admitidos» (TS 2-7-04, EDJ 82483).

2. «Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino **participar en la toma de decisiones fundamentales** al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento, en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio» (TS 26-10-12, EDJ 232597).

¿Cómo valorar la intensidad de los incumplimientos de los deberes inherentes a la patria potestad? La jurisprudencia hace **interpretación restrictiva**, sin que por «incumplimiento» deba entenderse cualquier quebranto o desatención de las obligaciones (CC art.154). El interés del menor obliga a hacer un **juicio ponderado de la gravedad** del incumplimiento, pues la patria potestad se concibe en su beneficio, y es preciso deducirlo como real o potencial. Por ello, a falta de tal gravedad, la solución no pasa por privar del ejercicio de la misma sino por el CC art.156, como si de un caso ordinario de desavenencia en el ejercicio diario de la patria potestad se tratara.

Casuística

1. «Partiendo del supuesto de que el CC art.170, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca **plenamente probado** que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma» (TS 6-7-96, EDJ 6978).

2. «Desde el momento en que la patria potestad se concibe en interés y beneficio del menor, es preciso que su mantenimiento entrañe un **perjuicio, real o potencial**, para el mismo, de forma que, si no se acredita suficientemente dicho extremo, habrá que acudir a otras fórmulas menos invasivas y más favorables para el menor; entre las cuales se encuentra la suspensión temporal de su ejercicio o la atribución específica a uno de los progenitores en función de la materia de que se trate» (AP Pontevedra 16-2-15, EDJ 20927).

3. «Juicio de imputación basado en **datos contrastados y** suficientemente **significativos** de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o

peligro grave y actual para los menores derivados del mismo» (AP auto Ávila 12-5-17, EDJ 125240).

¿Cómo debe interpretarse el incumplimiento de los deberes para que pueda ser privado un progenitor total o parcialmente de la patria potestad?

El criterio parte de la amplia **facultad discrecional del juez** para valorar el incumplimiento, según la naturaleza del caso. No es una facultad reglada precisamente por el contenido amplio de la redacción del CC art.170, pero sí debe tenerse en cuenta el **interés del menor**, porque la institución de la patria potestad está en su beneficio y los padres deben cumplir con los deberes inherentes a ella (CC art.154). Si bien no se niega el carácter restrictivo de la interpretación del CC art.170, por su naturaleza sancionadora.

Casuística

1. «Por ser norma sancionadora, el CC art.170 debe ser **interpretado restrictivamente**. Debe resultar probado con claridad que se cumplen los criterios que justifiquen tan importante decisión. A saber: que el progenitor incumple gravemente los deberes inherentes a la patria potestad» (TS 6-7-96, EDJ 6978).

2. «La institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el CC art.154. Pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de **modo constante, grave y peligroso** para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada» (TS 10-11-05, EDJ 188340).

3. «Partiendo de la doctrina que se ha expuesto, ha valorado los hechos que ha declarado probados (...) Así califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor **prolongados en el tiempo** sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada. Todo ello desde que la menor contaba con muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro conforme a derecho, y que recoge el tribunal de instancia» (TS, 9-11-15, EDJ 200925).

¿La distancia geográfica es determinante para atribuir en exclusiva el ejercicio de la patria potestad?

Lo determinante es que el progenitor pueda o no **participar en la toma de decisiones** en interés de sus hijos y no la distancia existente entre los domicilios o ciudades.

Casuística

«Es evidente que la primera circunstancia no puede justificar la atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad, puesto que la distancia geográfica en modo alguno imposibilita que el padre pueda participar en la toma de decisiones de interés para los menores (cambio de domicilio, elección de centro escolar, etc.)» (AP Gipuzkoa 19-2-13, EDJ 312886).

¿La atribución del ejercicio exclusivo de la patria potestad comporta necesariamente excluir al progenitor de un régimen de visitas?

Evidentemente no. Pero hay que analizar cada caso en concreto para tomar la decisión adecuada. La **desatención permanente** del hijo durante años, tanto material como moral, y aun cuando haya arrepentimiento, no significa automáticamente que pueda relacionarse con el hijo. Las oscilaciones y la evolución de la vida del progenitor no conllevan necesariamente que pueda pedir un **régimen progresivo** forzado de visitas. Hay que buscar como siempre el interés más digno de protección.

Casuística

«Carece de sentido la fijación ahora de un régimen de visitas de la hija por el padre biológico, pues consta en exploración judicial la firme y contundente negativa de... –de 15 años en la actualidad–, basada en **coherente consideración de desconocido** respecto a quién no apareció prácticamente en la vida de la adolescente. La adecuada protección del menor no puede depender de las oscilaciones y evolución de la vida de su progenitor, y, en último término, el interés del menor ha de ser el criterio prevalente...» (AP Pontevedra 16-1-18, EDJ 14209).

¿Bajo qué circunstancias una orden de alejamiento puede excluir o no del ejercicio de la patria potestad?

La falta de comunicación directa o indirecta y probablemente la prohibición de acercamiento que conlleva la resolución penal, hacen el **ejercicio de la patria potestad inviable** en los términos del CC art. 154. Por tales motivos, parece oportuno, en este caso, mientras dure la orden de alejamiento, otorgar el ejercicio exclusivo de la patria potestad al otro progenitor. No obstante, este no es más que un criterio, entre otros muchos, porque no siempre queda justificada la **exclusión del ejercicio** de la patria potestad ni por la distancia geográfica ni por la orden de alejamiento. Las diversas sentencias judiciales proceden a **analizar cada caso** en concreto para decidir si procede o no adoptar esta medida. No obstante, como algunas resoluciones judiciales reconocen, se pueden revisar las circunstancias tenidas en cuenta y, según la evolución futura, mantener o no la medida.

Casuística

1. «La adecuada protección del menor no puede depender de las oscilaciones y evolución de la vida de su progenitor, y, en último término, el **interés del menor** ha de ser el criterio prevalente...» (AP Madrid, 5-12-17, EDJ 305828).

2. «Es evidente que la primera circunstancia no puede justificar la atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad, puesto que la distancia geográfica en modo alguno imposibilita que el padre pueda **participar en la toma de decisiones** de interés para los menores (cambio de domicilio, elección de centro escolar, etc.). Por otra parte, que las normas penales establezcan una determinada sanción por razón del comportamiento desarrollado por el Sr. Ángel con su ex mujer no determina que el beneficio e **interés de los hijos** aconseje privar a este del ejercicio de la patria potestad sobre ellos» (AP Gipuzkoa 19-2-13, EDJ 312886).

3. «Se mantienen todas las circunstancias y causas que dieron lugar en su momento a la medida relativa al ejercicio exclusivo de la patria potestad en favor de la madre y a la suspensión del régimen de visitas del padre para con el menor, y todo ello sin perjuicio de lo que se pueda valorar en **ulterior procedimiento de modificación de medidas**, una vez se pueda analizar, con criterios de actualidad, la evolución, mejora o recuperación total e incluso definitiva, que no se puede ni se debe descartar, del apelante» (AP Madrid, 20-10-17, EDJ 248133).

¿Puede pedirse en un juzgado de familia, además del ejercicio en exclusiva de la patria potestad, que se dicte una orden de alejamiento?

No cabe esa petición, pues los procesos de familia no contemplan esta posibilidad legal, carecen de **competencia objetiva** por razón de la materia.

Casuística

«Por último, indicar que no ostenta este tribunal de apelación competencia objetiva para acordar la medida de protección interesada por la madre, consistente en imponer al padre una prohibición de acercamiento a su persona, ni se encuentra recogida tal medida en las que necesariamente deben adoptarse en estos procesos, ni tampoco se aprecia causa que en todo caso la justifique, estando orientados los procesos de familia a **regular las relaciones paterno filiales** y proteger los intereses de los hijos, no los de los padres» (AP Baleares, 15-9-17, EDJ 203477).