

COLECCIÓN FRANCIS
LEFEBVRE

DERECHO DE FAMILIA

Relaciones Paterno-Filiales

Fecha de edición: 15 de diciembre de 2018



Esta obra ha sido realizada
a iniciativa y bajo la coordinación
de la Redacción de
Francis Lefebvre

© 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: 35,36 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-17544-47-8
Depósito legal: M-42291-2018
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 I. Patria potestad	9
Capítulo II. Guarda y custodia	49
Capítulo III. Régimen de comunicaciones y estancias.....	95
Capítulo IV. Pensión de alimentos.....	167
Capítulo V. Gastos extraordinarios	241
Capítulo VI. Adopción urgente de medidas de protección de menores (art.158 CC).....	249

Abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CC	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
CEPEF	Confederación Española de PEFs
CF	Código de Familia (de Cataluña de 1998)
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
IBI	Impuesto de Bienes Inmuebles
INE	Instituto Nacional de Estadística
IPC	Índice de Precios al Consumo
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LAJG	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LF	Ley Foral
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
PEF	Punto de encuentro familiar
RD	Real Decreto
SAP	Síndrome de alienación parental
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRLAU	Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

CAPÍTULO I

Patria potestad

- A. Cuestiones generales
- B. Desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad
- C. Privación y causas
- D. El derecho-deber de corrección
- E. Responsabilidad de los progenitores por los actos de sus hijos
- F. Emancipación

A. Cuestiones generales

Normativa aplicable Los derechos y obligaciones de los padres para con los hijos que surgen por el simple hecho de serlos y a los que designamos bajo el nombre genérico de patria potestad, no desaparecen por la **separación, divorcio o nulidad** de los progenitores sino que estos continúan con las peculiaridades que recogen los preceptos normativos.

Es el art.92 CC el que establece dicha continuidad en el ejercicio de la patria potestad, con todos los derechos y deberes que ella conlleva, pese a la ruptura del vínculo matrimonial de los progenitores.

El punto de partida de todo el conjunto normativo debe buscarse en los apartados segundo y tercero del art.39 CE en los que se establece en primer lugar el deber de los poderes públicos de asegurar la **protección integral de los hijos**, y en segundo lugar el deber de los padres de prestarles **asistencia** de todo orden, sean habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad en todo caso y después en los casos en que legalmente proceda.

Así, la Sentencia del TS de 24 de abril de 2000, en relación con la función tuitiva del instituto, viene a afirmar que en el derecho moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, se configura como una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art.39.2 y 3 CE. Así, más que un poder de los progenitores, se configura y orienta como una función establecida en beneficio de los menores, que se reconoce a los padres y que se dirige a la protección, **educación y formación integral** de aquellos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno filial.

Es decir, tiene la naturaleza jurídica de derecho-deber, o derecho-función, de carácter obligatorio e irrenunciable, que puede, en determinados casos, tal y como recuerdan las Sentencias del TS de 20 de enero de 1993 y de 27 de noviembre de 2003, restringirse o suspenderse, e incluso cabe la privación por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para sus hijos, llegando a la solución más radical en el supuesto de **incumplimiento de los deberes** que configuran tal institución jurídica.

Como señala la Sentencia del TS de 10 de febrero de 2012, la patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor. Tal como se ha dicho reiteradamente por el Tribunal Supremo, las **causas de privación de la patria potestad** están formuladas en forma de cláusula general en el art.170 CC y requieren ser aplicadas en cada caso según las circunstancias concurrentes. La Sentencia del TS de 5 marzo de 1998 dijo que la amplitud del contenido del art.170 CC y la variabilidad de las circunstancias exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor. Cita esta doctrina las Sentencias de AP Madrid de 18 de junio de 2013 y de AP Burgos de 25 de enero de 2013. En este sentido, la Sentencia de AP Valencia de 9 de febrero de 2011, define la patria potestad

como la institución protectora del menor por excelencia, fundada en una **relación de filiación**, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva) y constitucionalmente impuesta a los padres y a los poderes públicos, como deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno.

Así, el art.110 CC dispone que el padre y la madre están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles **alimentos**, obligaciones que se derivan del hecho de la filiación y que ni siquiera se hacen depender de la patria potestad, pues la privación de la misma, como dispone el art.111.4 CC, deja a salvo las obligaciones anteriores y menos aún dependen de la existencia o no del matrimonio.

El Título 7º, Libro I CC se refiere a las relaciones paterno-filiales y a todo lo relativo a la patria potestad que, en principio, como dispone el art.154 CC, corresponde conjuntamente al padre y madre. En caso de separación y divorcio, la titularidad no se altera pero sí conduce normalmente a la **atribución del ejercicio** exclusivo de la patria potestad a uno de los progenitores, es decir, manteniéndose la titularidad conjunta se confiará a uno de los padres lo que se denomina guarda y custodia.

En el art.92.3 CC se prevé la posibilidad de **privación de la patria potestad** cuando el procedimiento ofrezca datos probatorios suficientes de que concurre un supuesto de los previstos en el art.170 CC. En el art.170.4 CC se regula el régimen de ejercicio de la patria potestad. Hay una doble previsión en relación con las fuentes reguladoras que son el convenio y la decisión judicial.

En todo caso el principio inspirador es el interés o beneficio de los hijos, tal y como afirma, entre muchas, la Sentencia de AP Asturias de 29 de marzo de 2011, aludiendo el art.170 CC, al ejercicio total o parcial, traduciendo una gradación que va desde el ejercicio de todas las **facultades personales y patrimoniales** del instituto a una atribución solo de alguna o algunas de ellas, estableciendo, tal y como recuerda la Sentencia de AP Badajoz de 26 de abril de 2011, un flexible sistema que permite la distribución de roles y consecuencias jurídicas con amplia libertad configurativa.

A su vez el párrafo segundo del art.154 CC establece que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y en su párrafo tercero señala el **derecho a ser oídos los hijos menores** si tuvieran suficiente juicio antes de adoptarse decisiones que les afecten; a lo que debe añadirse que el art.2 LOPJM establece como principio general que el **interés superior de los menores** primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, lo que hemos de relacionar con lo dispuesto en el párrafo segundo y sexto del art.92 CC, de tal manera que, todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, tal y como dispone el art.3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y el art.2 LOPJM, de 15 de enero, antes citado. En este sentido, las Sentencias de AP Barcelona de 22 de febrero de 2011 y de AP Pontevedra de 4 de febrero de 2013.

En este apartado sobre la audiencia a los menores. El art.770.1.4ª LEC establece que se les oír, si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueran mayores de 12 años. Sin embargo, el art.777.5 LEC tiene una redacción similar a la del CC, es decir, amplía las facultades del juez para oír o no al menor.

A este respecto, la Sentencia del TS de 20 de octubre de 2014, señala que la aparente contradicción entre el CC (art.92.6) y la LEC (art.770.1-4ª y 775.5) en la regulación de la audiencia a los menores, viene a ser aclarada por la LOPJM (art.9) y por el Convenio sobre Derechos del Niño (art.9 y 24), en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los **mayores de 12 años**, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio.

Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso, como vino a señalar la Sentencia del TC de 6 de junio de 2005, que lo resuelva de forma motivada. La reforma operada posteriormente por LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la

adolescencia, dando nueva redacción al art.9 LOPJM al objeto de desarrollar de forma más detallada el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado, da forma legal a esta jurisprudencia.

Por último el art.170 CC prevé la **privación total o parcialmente de la patria potestad** al padre o a la madre por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

En cuanto a la normativa aplicable en materia de **procedimiento** correspondiente sobre la misma, se encuentra regulado en el Capítulo 4, Título 1º, Libro IV LEC, donde se regula todo lo relativo a los procesos matrimoniales y de menores.

A juicio de SERRANO CASTRO (*Un divorcio sin traumas*, Editorial Almuzara, 2009), el ejercicio de patria potestad implica las siguientes **obligaciones** para un padre y una madre:

1ª.- **Velar por los hijos** e hijas, lo que entraña que ambos progenitores han de asumir la función de garantes de la seguridad, integridad y estabilidad en su desarrollo, cubriendo todas sus necesidades afectivas y materiales. Función que se mantiene en situación de convivencia con ambos y en caso de separación o divorcio.

2ª.- **Alimentarles, educarles y procurarles una formación integral**, funciones que son innatas y que surgen como consecuencia de ese deber genérico de velar por los hijos e hijas. Obligaciones que persisten tras la separación o divorcio, de ahí, la preceptiva necesidad de fijar pensiones alimenticias a cargo del progenitor que no se hace directamente cargo de esa contribución, ocupándose de su sustento en el propio domicilio.

3ª.- **Representarles y administrar sus bienes**, funciones que se originan como consecuencia de falta de capacidad de obrar de los menores de edad para actuar en el ámbito de las relaciones civiles, incumbiendo a sus progenitores esa representación o administración salvo en el caso de existencia de conflicto de intereses, en cuyo caso actuaría en su nombre un defensor judicial designado al efecto. Funciones, que, igualmente, conservan ambos progenitores tras su separación o divorcio, aun cuando ello puede dar lugar, con mayor frecuencia, a situaciones en las que aparezcan esos supuestos de conflicto de intereses.

4ª.- **Tenerles en su compañía**, obligación, que, en principio, sería la única quebraría con la ruptura de la relación matrimonial o de pareja, pues, los niños o niñas no se pueden partir por la mitad, debiéndose arbitrar, por tanto, medidas que resulten eficaces de cara a redistribuir esa compañía de los hijos e hijas con unos progenitores que han dejado de residir en el mismo domicilio.

En el ejercicio de esas funciones, los progenitores gozan de la **facultad de corregir** razonable y moderadamente a los hijos, facultad que se ha de medir en el justo equilibrio entre lo que exige la educación y aprendizaje de valores, lo que implica que se les inculquen límites a los propios derechos, en cuanto entran en conflicto con los de los demás, y la razonabilidad y moderación, sin excesos, en que ha de ejercerse esa función educativa.

Se ha de destacar que esta última facultad ha sido suprimida por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, que ha reformado el art.154 CC. No obstante, para casi todo el mundo, resulta una necesidad prioritaria en la educación de los hijos, el que se les debe reprender y corregir de forma racional y moderada. El restringir o anular esa facultad a progenitores y tutores supone cercenar toda posibilidad de que los niños, desde pequeños, asuman que existen **límites**, sepan diferenciar lo correcto de lo inmoral, aprendan a respetar y a respetarse, comprendan el significado del principio de autoridad, es decir, que puedan adquirir una formación integral en valores, en su significado no solo de derechos sino también de obligaciones.

Concepto Mientras los hijos son menores de edad los padres tienen una serie de **deberes** hacia ellos, para su protección y formación, y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias **facultades** sobre la persona y bienes de sus hijos, llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos. En este sentido, la Sentencia del TS de 27 de noviembre de 2003 insiste en el deber-función de protección a cargo de

la familia a través del ejercicio de la patria potestad, de conformidad con el art.24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, celebrado en Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 y con el art.39 CE.

La protección del **interés del menor** constituye una cuestión de orden público. En definitiva se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, como así ha señalado la Sentencia del TS de 25 de abril de 2011. En virtud del art.39 CE se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno, y es la patria potestad la institución protectora del menor por excelencia, que se funda en una **relación de filiación**, cualquiera que sea su naturaleza –matrimonial, no matrimonial o adoptiva–, como apuntan las Sentencias de AP Baleares de 24 de julio de 2013 y de AP Valencia de 16 de abril de 2014.

Así, 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 art.1137 CC, siguiéndose de ella la existencia de una litisconsorcio activo necesario (Sentencia de AP Barcelona de 22 de enero de 2018).

Como dice la Sentencia de AP Toledo de 17 de septiembre de 2010, la patria potestad se configura como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos. Es una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle la asistencia de todo orden (art.39.3 CE). En este sentido también, la Sentencia de AP Barcelona de 17 de julio de 2012.

En efecto, el nacimiento de una persona genera un vínculo jurídico con sus progenitores del que dimana un haz de derechos y obligaciones. En las primeras etapas de su desarrollo, el menor precisa de un mecanismo de **protección personal y patrimonial**, que se desenvuelve dentro del ámbito de la atribución por ministerio de la ley de la patria potestad a sus padres en igualdad de condiciones. Por lo tanto, el ejercicio de la patria potestad, mediante el cumplimiento de tales deberes, pretende garantizar la asistencia moral, afectiva, física y jurídica del menor, de manera tal que su incapacidad natural no le impida el libre desarrollo de su personalidad (Sentencia de AP La Coruña de 9 de febrero de 2012).

Como recuerda la Sentencia de AP Madrid de 24 de junio de 2010, la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandona y supera ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, quedando definida como una función, en la que se integran un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, **educación, formación y desarrollo**, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados (Sentencia de AP Girona de 30 de mayo de 2014).

En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece el art.154 CC así como la doctrina consolidada del TS, entre otras, las Sentencias del TS de 8 de abril de 1975 y de 5 de octubre de 1987. Y en tal concepción se insiste, con carácter genérico, a través del art.2 LOPJM, de 15 de enero, al proclamar la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, lo que se reitera en el art.11.2, en cuanto principio rector de **actuación de los poderes públicos** (Sentencia de AP Pontevedra de 3 de febrero de 2014).

La patria potestad dura, en principio, mientras que el hijo no llega a la **mayoría de edad**, es decir, corresponde sobre los hijos menores, tal y como establece la Sentencia-

cia de AP Sevilla de 10 de marzo de 1999. Pero puede también acabar antes de la mayoría por otras razones como la muerte de los padres o la consecución de la emancipación por el menor. Y puede subsistir sobre los hijos mayores, en la figura de la **patria potestad prorrogada**, que se regula en el art.171 CC. En estos casos, cuando los progenitores se encuentran separados o divorciados, de modo que un proceso de familia atribuyó su patria potestad de manera conjunta a ambos progenitores, el proceso de modificación judicial de la capacidad que prorroga o rehabilita la misma la atribuye conforme al interés del hijo, a la vista de las circunstancias concurrentes, pudiendo **atribuirla a uno solo de los progenitores**. Así lo establece la Sentencia del TS de 27 de junio de 2018, aclarando que ello no supone la **privación** de la patria potestad al otro progenitor que hasta entonces también la ostentaba, puesto la modificación judicial de la capacidad del hijo no es un efecto del procedimiento matrimonial, sino una consecuencia del pronunciamiento de modificación judicial de la capacidad, dictado a partir de una situación nueva, como es la mayoría de edad alcanzada por el hijo.

Normalmente la patria potestad confiere a los progenitores la **representación legal** del hijo y encierra un doble contenido: personal y patrimonial. Así lo expresa el art.154 CC cuando señala como deberes inherentes a la patria potestad el velar por los hijos y tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral así como representarlos y administrar sus bienes.

La Sentencia de AP Ciudad Real de 3 de marzo de 2010 viene a concretar los deberes recogidos en el art.154 CC, en el deber de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, todo ello procurando siempre su beneficio, según su personalidad, y con respeto de su integridad física y psicológica. En igual sentido se manifiestan las Sentencias del TS de 18 de diciembre de 1999, de AP Cádiz de 10 de mayo de 2002, de AP Sevilla de 3 de diciembre de 2009, de AP La Coruña de 28 de abril de 2010, de 9 de febrero de 2012, de AP Madrid de 19 de diciembre de 2011 y de AP A Coruña de 25 de enero de 2013.

La Sentencia de AP Málaga de 6 de junio de 2005 desestima el recurso interpuesto, por entender integrada en el concepto básico de educación, la escolarización, no solo por los beneficios que en los menores puede producir mientras se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje futuro en el marco de grados y titulaciones.

Los principios que rigen la figura de la patria potestad son los de inderogabilidad e **irrenunciabilidad** de la titularidad de la misma, de manera que la autonomía de la voluntad alcanzará solo a regular las formas de ejercicio y correspondiente distribución de funciones entre ambos progenitores.

En definitiva, la patria potestad está estructurada en dos elementos: la **titularidad conjunta** y el ejercicio solidario, que puede convertirse en unipersonal y exclusivo en distintos casos, como el introducido en la redacción del art.156 CC por el por RDL 8/2018, de 3 de agosto, para caso de sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra los hijos el otro progenitor, o el que señala el art.92 CC para el caso de separación, divorcio o nulidad, en relación con lo dispuesto en este art.156 y siguientes CC. En este sentido, sirva la Sentencia AP Ávila de 19 de junio de 2009.

La patria potestad hoy día se contempla como función más que como derecho y resulta indiscutible la finalidad estrictamente educativa y en interés del menor que posee la **facultad de corrección de los progenitores**, de forma que el propio CC establecía un ejercicio moderado y razonable del mismo que debería valorarse o juzgarse desde la idoneidad cultural y pedagógica imperante en la actualidad. Así, la Sentencia de AP Valencia de 18 de enero de 2002 desestima el recurso del condenado por una falta de **maltrato** al considerar que la medida aplicada por el recurrente a su hijo ante una discrepancia, que él tilda de desobediencia, resultó inidónea y desproporcionada por no responder en modo alguno al interés del propio menor.

Tras la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, esa facultad de corrección ha sido suprimida. En la misma línea se posicionan las Sentencias de AP

Madrid de 26 de octubre de 2001, de AP Valencia de 24 de mayo de 2002, de AP Cantabria de 23 de diciembre de 2002, del TS de 12 de julio de 2004 y de AP Jaén de 22 de enero de 2009.

En los supuestos de **ruptura, separación o divorcio**, la patria potestad de los progenitores sigue siendo compartida en cuanto a su titularidad pero puede, y es lo más frecuente, que sea el cónyuge con el que conviven los hijos, el que asume la función de custodio, el que ejerza de forma efectiva la patria potestad, pero para ciertos actos se precisa **ejercicio conjunto** de la patria potestad por ambos cónyuges: emancipación, consentimiento para que el menor sea adoptado, asumir gastos extraordinarios no cubiertos por la pensión ordinaria de alimentos, así como las decisiones importantes para la formación y desarrollo integral del menor, pudiendo también el no custodio pero que comparte el pleno ejercicio de patria potestad y corresponsabilidad parental, recabar y obtener información sobre el rendimiento escolar, participar en tutorías, estar al corriente de problemas relacionados con la salud del hijo. Permittedose también el supuesto de que los progenitores mantengan la patria potestad y se atribuya la **guarda de los hijos a un tercero**, persona física o jurídica, al amparo del art.103.1 CC, como entienden las Sentencias del TS de 19 de octubre de 1992, de AP Barcelona de 15 de diciembre de 1999 y de AP Córdoba de 9 de enero de 2007. La Sentencia del TS de 14 de septiembre de 2018 atiende al interés del menor para atribuir su guarda y custodia a persona distinta del que ostenta su patria potestad en exclusiva, por fallecimiento del otro progenitor. Se atribuye al familiar que ha sido su guardador de hecho durante la enfermedad de la madre. El interés del menor aconseja mantener el entorno estable y seguro que le proporciona el pariente. No se ha cuestionado la patria potestad que corresponde al progenitor *superstite*, sino el ejercicio de una de las funciones que integran la patria potestad, como es la guarda y custodia, cuyo ejercicio por el padre en esos momentos se considera inconveniente. Si bien se establece un adecuado régimen de comunicaciones entre el progenitor y la menor, orientado a la plena adaptación de la niña al entorno paterno y en vistas a un posible reintegro a su custodia.

La patria potestad y la **guarda y custodia**, como instituciones jurídicas diferenciadas, han existido siempre en el derecho matrimonial español y así han sido tratadas en la doctrina y la jurisprudencia desde la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sin embargo, esa distinción, presente desde hace mucho tiempo en la praxis judicial, solo ha tomado cuerpo y se ha hecho visible en los textos legales muy recientemente, en la LEC y en el CC, tras la reforma llevada a cabo en el mismo por la Ley 15/2005, de 8 julio.

La patria potestad puede definirse como la función tuitiva o protectora atribuida por la ley a los progenitores respecto de sus hijos menores o incapacitados encaminada a garantizar a éstos el adecuado desarrollo de su persona en todos los órdenes, que comprende un conjunto de derechos y obligaciones consistentes, mientras que la guarda y custodia no es más que la forma de ejercicio ordinario de la patria potestad por el progenitor que convive habitualmente con el menor, como apunta la Sentencia de AP Cádiz de 25 de septiembre de 2012.

En resumen, cuando la patria potestad ejercida por los progenitores, titulares de la misma, deba ser modificada en su titularidad, por privación de la misma a los padres, modificada en su ejercicio, por uno solo de los cónyuges, entre otras circunstancias, lo que siempre primará ante la decisión adoptada por el juez que conozca del asunto será el llamado favor filii, por encima de otro tipo de intereses, como dispone la Sentencia de AP Málaga de 11 de septiembre de 2003. En este mismo sentido se posicionan las Sentencias de AP Córdoba de 29 de octubre de 1998, de AP Pontevedra de 17 de febrero de 2003 y de AP Toledo de 17 de septiembre de 2010. Dentro del ejercicio de la patria potestad hay que tener en cuenta el art.155 CC, que establece claramente tres **obligaciones de los hijos** –matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos–. Estas obligaciones surgen como correspondencia al contenido afectivo de la relación paterno filial, y abarcan un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, como relación central de la que irradian multitud de

derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo, tal y como señala, entre otras, la Sentencia del TS de 9 de julio de 2002, y que son las siguientes:

1º.- Deber de **obediencia**. Los hijos están obligados a obedecer a los padres mientras permanezcan bajo su patria potestad. Este deber conlleva la necesidad de que el hijo esté obligado a cumplir las órdenes lícitas que le den los padres en el ejercicio de sus facultades. El **incumplimiento** de este deber puede provocar la corrección por parte de los padres y en los casos más graves llegar incluso a la desheredación. A este respecto, la Sentencia de AP Cádiz de 23 de enero de 2002 considera que la corrección con dos o tres golpes con la mano abierta en la cara sin producir lesión, por desobediencia consciente de un menor a las órdenes e instrucciones de su madre, se imponía y, aunque el castigo se considera en el límite de la moderación, no se aprecia un exceso claro que permita la condena pena (Sentencia de AP Vizcaya de 14 de mayo de 2003).

Se ha de destacar que esta última **facultad de corrección**, como ya se apuntó, ha sido suprimida por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, que ha reformado el art.154 CC. No obstante, para casi todo el mundo resulta una necesidad prioritaria en la educación de los hijos, el que se les debe reprender y corregir de forma racional y moderada. El restringir o anular esa facultad a progenitores y tutores supone cercenar toda posibilidad de que los niños, desde pequeños, asuman que existen límites, sepan diferenciar lo correcto de lo inmoral, aprendan a respetar y a respetarse, comprendan el significado del principio de autoridad, es decir, que puedan adquirir una formación integral en valores, en su significado no solo de derechos sino también de obligaciones.

Sobre este particular resulta significativa, por el eco mediático que alcanzó, la Sentencia de AP Jaén de 22 de enero de 2009 en la que se recogía la petición de un indulto parcial, tras aumentar la pena impuesta a la madre tras producirse un error material de la primera sentencia emitida, en la que la madre había sido condenada a 45 días de prisión y a un año y 45 días de alejamiento, pena que fue elevada al no haberse tenido en cuenta que los hechos habían ocurrido dentro del domicilio familiar. Según las sentencias, estaba acreditado que la madre cometió un acto de agresión contra su hijo al cogerlo del cuello para levantarlo del suelo y darle un tortazo en la cabeza, y se cumplían todos los **requisitos del maltrato**, aun cuando hubiese sido la única agresión cometida, ya que el niño se golpeó la cabeza contra el lavabo y sangró por la nariz.

2º.- Deber de **respeto**. Los hijos están obligados a respetar a sus padres siempre. Este respeto debe darse incluso cuando haya concluido la patria potestad. No obstante, este respeto no debe ser igual a una sumisión incondicional que pueda llegar a anular la personalidad de los hijos. Aunque el cumplimiento de este deber se valora conforme a los usos sociales, parece que si el incumplimiento se concreta en injuriar gravemente de palabra al padre o la madre, pueda ser causa de desheredación conforme al art.853.2 CC, así como causa de cesación de la obligación de alimentos según el art.152.4 CC.

3º.- Deber de **contribuir al levantamiento de las cargas de la familia**. Los hijos están obligados a contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella. Esta referencia general a la equidad implica una individualización para acoplar al caso concreto la norma. Así, el hijo debe contribuir en el caso de que le sea posible, no en todo caso, además lo hará según sus posibilidades. En cuanto a la cuestión temporal, este deber se vincula a la convivencia en familia.

B. Desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad

El art.156 CC establece que la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, salvo lo previsto para caso de **sentencia condenatoria** y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un **procedimiento penal** contra uno de los progenitores por

atentar contra los hijos el otro progenitor (redacción dada por RDL 8/2018, de 3 de agosto).

Ahora bien, en caso de desacuerdo, establece el citado precepto, cualquiera de los dos podrá **acudir al juez**, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la **facultad de decidir** al padre o a la madre. Cabe también la posibilidad de que el juez oiga a otras personas relacionadas con el entorno del menor, si así lo estima oportuno.

Si se dan **desacuerdos reiterados** o son numerosas las controversias en el ejercicio de la patria potestad o concurre cualquier otra causa que entorpezca gravemente su ejercicio, el juez podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

El párrafo 5º del mismo art.156 CC dispone que si los **padres viven separados**, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

De lo anterior se desprende que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuánto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

Por lo tanto, la **regla general** es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores, como ha señalado la Sentencia del TS de 26 de octubre de 2012, secundada por la Sentencia de AP Guadalajara de 27 de noviembre de 2013.

Los apartados 2º y 3º del art.158 CC disponen que el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará las disposiciones apropiadas a fin de **evitar a los hijos perturbaciones dañosas** en los casos de cambio del titular de la guarda y en general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. El párrafo último de este precepto dispone que todas estas medidas podrán adoptarse:

1º.- O bien en el seno de un **proceso civil o penal** ya iniciado.

2º.- O bien de forma autónoma en un **expediente de jurisdicción voluntaria**, previsto actualmente por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, que regula el expediente de la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, en especial en los art.85 y 86 LJV.

En relación con todo ello, ha de tenerse en cuenta el art.9 LOPJM que establece el **derecho del menor a ser oído** tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social.

En cualquier caso, el juez no resolverá sobre la controversia en sí, sino que determinará cuál de los dos progenitores decidirá sobre la cuestión controvertida.

Intervención judicial La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, tiene por objeto la regulación de los **expedientes de jurisdicción voluntaria** que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, determinando la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer y resolver tales expedientes (art.1 y 2 LJV). La intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad se regula en los art.85 y 86 LJV.

Competencia El art.86.2 LJV concreta la competencia para la tramitación de este expediente en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la **residencia del hijo**, salvo que el ejercicio conjunto de la patria potestad de los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, en cuyo caso sería compe-

tente para conocer del expediente el **juzgado de primera instancia que haya atribuido el ejercicio conjunto** de la patria potestad.

Representación y defensa No es preceptiva la intervención de abogado ni de procurador para promover y actuar en estos expedientes (art.85.1 LJV).

Legitimación Están legitimados **ambos progenitores**, individual o conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, también estarán legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor (art.86.3 LJV).

Intervención del Ministerio Fiscal Con carácter general, el art.4 LJV establece que el Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando esté comprometido el **interés de un menor** o una persona con capacidad modificada judicialmente u otros casos en que la ley expresamente así lo declare. Conforme al art.85.1 LJV, el Ministerio Fiscal será citado a la comparecencia.

Inicio del expediente El expediente se inicia por **solicitud** formulada por persona legitimada (art.14 LJV), exponiendo a continuación con claridad y precisión lo que se pida, así como una exposición de los hechos en que fundamenta su pretensión. También se acompañarán, en su caso, los documentos y dictámenes que el solicitante considere de interés para el expediente, y tantas copias cuantos sean los interesados.

En la solicitud se consignarán los datos y circunstancias de identificación de las personas que puedan estar interesados en el expediente, así como el domicilio o domicilios en que puedan ser citados o cualquier otro dato que permita la identificación de los mismos.

La Oficina Judicial puede facilitar al interesado un impreso normalizado para formular la solicitud.

La solicitud podrá presentarse por cualquier medio, incluyendo los previstos en la normativa de acceso electrónico de los ciudadanos a la Administración de Justicia.

Tramitación Con carácter general, el art.17 LJV encomienda al LAJ resolver sobre la solicitud, estableciendo que de entender que ésta no resulta admisible dará cuenta al juez para que acuerde lo que proceda. Si admite la solicitud citará a una **comparecencia** a quienes hayan de intervenir en el expediente.

El art.18 LJV, dentro de las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria, regula la comparecencia estableciendo que se celebrará ante el juez dentro de los treinta días siguientes a la admisión de su solicitud. En ella se oirá al solicitante, a los demás citados y a las personas que la ley disponga, y podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante o del Ministerio Fiscal, en su caso, la audiencia de aquellos cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente.

En el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, se practicarán las diligencias relativas a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. Puede el juez acordar que la **audiencia del menor** o persona con capacidad modificada judicialmente se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal.

En todo caso se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.

En la celebración de la comparecencia, una vez practicadas las pruebas, se permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones.

El desarrollo de la comparecencia se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

La normativa específica de estos expedientes se limita a reiterar en este punto (art.85.2 LJV) que juez podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas. Si estas actuaciones tuvieran lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar **alegaciones** en el plazo de cinco días.

Resolución El art.19 LJV, dentro de las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria, establece que los expedientes se resuelven por medio de **auto en el plazo de cinco** días a contar desde la terminación de la comparecencia o, si esta no se hubiera celebrado, desde la última diligencia practicada. La decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados.

Recursos El art.20 LJV, dentro de las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria, establece que las resoluciones definitivas dictadas por el juez en los expedientes de jurisdicción voluntaria podrán ser recurridas en **apelación** por cualquier interesado que se considere perjudicado por ella, sin efectos suspensivos, conforme a lo dispuesto en la LEC.

C. Privación y causas

- Cuestiones generales
- Drogodependencia
- Alcoholismo
- Enfermedades mentales
- Conducta indigna
- Malos tratos
- Sustracción del menor
- Ausencia de relación con los hijos
- Incumplimiento del deber de alimentar a los hijos
- Condena penal

Cuestiones generales La titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores de manera conjunta como establece el art.154 CC.

Lo que ocurre en los **supuestos de separación y divorcio** es que el distanciamiento físico que en la mayoría de las ocasiones se produce entre los cónyuges conlleva la situación de con quién van a estar los hijos, es decir, cuál de los progenitores va a tener la guarda y custodia de esos hijos. La titularidad en estos casos sigue siendo conjunta, a menos que se prive de ella a alguno de los cónyuges, o a los dos, pero el ejercicio de la misma, con todo lo que conlleva corresponde a uno de ellos.

En los casos de nulidad, separación o divorcio, los progenitores podrán acordar en el **convenio regulador** que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos, y en defecto de acuerdo, decidirá el juez teniendo siempre en cuenta el interés o beneficio de los hijos, tal y como dispone el art.92.4 CC.

El supuesto de privación de la patria potestad aparece regulado en el art.92.3 CC. La privación de la patria potestad se torna en un instrumento útil de tutela de los hijos menores en evitación de que quien no se siente vinculado a éstos y actúa con total apatía pueda inmiscuirse en su vida y perturbar su formación integral y, en definitiva, en el desarrollo pleno de su personalidad, participando en su educación y en la toma de decisiones que por su envergadura y trascendencia exigen de una verdadera implicación de quienes las adoptan, garantía que se cumple cuando la relación paterno-filial se sustenta en los vínculos afectivos sólidos nacidos del contacto cotidiano.