

**COLECCIÓN** FRANCIS  
LEFEBVRE

**DERECHO DE FAMILIA**

# **Relaciones Paterno-Filiales**

Fecha de edición: 2 de noviembre de 2020



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](http://www.efl.es)  
Precio: 37,44 € (IVA incluido)  
ISBN: 978-84-18405-11-2  
Depósito legal: M-30068-2020  
Impreso en España  
por Printing'94  
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 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](http://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 .....	53
Capítulo III. Régimen de comunicaciones y estancias.....	103
Capítulo IV. Pensión de alimentos.....	173
Capítulo V. Gastos extraordinarios .....	245
Capítulo VI. Adopción urgente de medidas de protección de menores (art.158 CC) .....	253

# Abreviaturas

<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>Art.</b>	Artículo
<b>ATC</b>	Auto del Tribunal Constitucional
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCCat</b>	Código Civil de Cataluña
<b>CDFA</b>	Código de Derecho Foral de Aragón
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CEPEF</b>	Confederación Española de PEFs
<b>CF</b>	Código de Familia (de Cataluña de 1998)
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>CP</b>	Código Penal
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>IBI</b>	Impuesto de Bienes Inmuebles
<b>INE</b>	Instituto Nacional de Estadística
<b>IPC</b>	Índice de Precios al Consumo
<b>LAJ</b>	Letrado de la Administración de Justicia
<b>LAJG</b>	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
<b>LAU</b>	Ley de Arrendamientos Urbanos
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LECrim</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<b>LF</b>	Ley Foral
<b>LJV</b>	Ley de la Jurisdicción Voluntaria
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<b>LOPJM</b>	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
<b>LOPD</b>	Ley Orgánica de Protección de Datos
<b>PEF</b>	Punto de encuentro familiar
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>SAP</b>	Síndrome de alienación parental
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>STSJ</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TRLAU</b>	Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	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, en relación con la función tuitiva del instituto, se 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 (TS 24-4-00).

Es decir, tiene la naturaleza jurídica de derecho-deber, o derecho-función, de carácter obligatorio e irrenunciable, que puede, en determinados casos 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 (TS 20-1-93 y 27-11-03).

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 (TS 10-2-12).

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 (TS 5-3-98, AP Madrid 18-6-13 y AP Burgos 25-1-13).

Se 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 (AP Valencia 9-2-11).

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 (AP Asturias 29-3-11). El art.170 CC, alude 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 un flexible sistema que permite la distribución de roles y consecuencias jurídicas con amplia libertad configurativa (AP Badajoz de 26-4-11).

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 tuvieren 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 20-11-89 y el art.2 LOPJM, de 15 de enero, antes citado (AP Barcelona 22-2-11 y AP Pontevedra de 4-2-13).

En este apartado sobre la audiencia a los menores. El art.770.1.4ª LEC establece que se les oír, si tuvieren **suficiente juicio** y, en todo caso, si fueren 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, se 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 (TS 20-10-14).

Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada (TCo 152/2005). 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 racionabilidad 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, se 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 Nueva York 19-12-1966 y con el art.39 CE (TS 27-11-03).

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 (TS 25-4-11).

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– (AP Baleares 24-7-13 y AP Valencia 16-4-14).

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 (AP Barcelona 22-1-18).

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 (AP Toledo 17-9-10). Es una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle la asistencia de todo orden –art.39.3 CE– (AP Barcelona 17-7-12).

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 (AP La Coruña 9-2-12).

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 (AP Madrid 24-6-10, AP Girona 30-5-14).

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 Tribunal Supremo (TS 8-4-75 y 5-10-87). 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** (AP Pontevedra 3-2-14).

La patria potestad dura, en principio, mientras que el hijo no llega a la **mayoría de edad**, es decir, corresponde sobre los hijos menores (AP Sevilla 10-3-99). 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**. Se aclara 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 conse-



cuencia 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 (TS 27-6-18).

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.

Se concretan 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 (TS 18-12-99, AP Cádiz 10-5-02, AP Sevilla 3-12-09, AP Ciudad Real 3-3-10, AP La Coruña 28-4-10, 9-2-12, AP Madrid 19-12-11 y AP A Coruña 25-1-13).

Se 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 (AP Málaga 6-6-05).

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 (AP Ávila 19-6-09).

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, AP Valencia 18-1-02 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 (AP Madrid 26-10-01, AP Valencia 24-5-02, AP Cantabria de 23-12-02, TS 12-7-04 y AP Jaén 22-1-09).

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.

Los **actos ordinarios** que comportan la toma de decisiones en la vida cotidiana del menor, tales como su organización horaria, tiempos de ocio y de estudio, etc., los asume el progenitor que ostenta la **guarda y custodia**, sin que pueda en principio

adoptar otro tipo de decisiones, salvo urgente necesidad, como por ejemplo llevar al menor a un centro médico de urgencias, si la situación lo requiere y no ha sido posible la localización del otro (AP Barcelona 19-2-20, EDJ 515433).

También puede justificarse la **atribución del ejercicio exclusivo**, que no la titularidad de la patria potestad, a uno de los progenitores en presencia de circunstancias que le hacen más adecuado para la salvaguarda del interés de los menores, como la existencia de una **orden de expulsión** del territorio nacional y carecer de trabajo y domicilio estable. Se evitan así las trabas que pueden generar en el ejercicio de la patria potestad la situación personal de dicho progenitor (AP Asturias 19-2-20, EDJ 529997). Otro supuesto puede ser encontrarse en **prisión** (AP Baleares 2-12-19, EDJ 825900).

Permitiéndose 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 (TS 19-10-92, AP Barcelona 15-12-99 y AP Córdoba 9-1-07). El Tribunal Supremo 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 (TS 14-9-18).

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 (AP Cádiz 25-9-12).

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 (AP Málaga 11-9-03, AP Córdoba 29-10-98, AP Pontevedra 17-2-03 y AP Toledo 17-9-10).

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 (TS 9-7-02) 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, AP Cádiz 23-1-02 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 (AP Bizkaia 14-5-03).

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 AP Jaén 22-1-09, 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

- Cuestiones generales
- Supuestos más frecuentes de conflicto
  - Elección del centro escolar y cambios de colegio
  - Actividades extraescolares
  - Tratamientos médicos
  - Ceremonias religiosas
  - Cambio de domicilio de los menores
  - Obtención de pasaporte
  - Salida del territorio nacional
  - Empadronamiento de los menores
  - Imagen en redes sociales
- Intervención judicial

**Cuestiones generales** 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 (TS 26-10-12, AP Guadalajara 27-11-13).

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.

**Supuestos más frecuentes de conflicto** En la práctica son numerosos los conflictos que surgen precisamente por el **incumplimiento** del progenitor custodio a contar con la opinión del otro:

**Elección del centro escolar y cambios de colegio a) Colegio público o privado.** La discusión fundamentalmente viene motivada por el coste del colegio, pues el pago debe ser realizado por ambos, bien mediante el establecimiento de una nueva pensión de alimentos que incluya el coste, bien con cargo a la pensión ya establecida previamente en una resolución judicial en la que podía o no estar previsto el coste del mismo. Aquí cabría entenderse que si el menor acudía a una guardería pública, y por tal causa no estaba prevista una mayor contribución a la escolaridad del hijo, este debería seguir acudiendo a un colegio público, salvo que de mutuo acuerdo se incremente la contribución a los alimentos considerando el nuevo gasto. Si, por el contrario, el hijo acudía a una guardería privada, cuyo coste ya ha sido considerado para el establecimiento de la contribución alimenticia, cabría entender que si el coste del centro privado es similar, el menor puede acudir a un colegio de esa naturaleza.

El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral (LOPJM art.6). Por ello, la **decisión sobre la educación religiosa** del menor es una de las atribuciones de la patria potestad. Siendo igualmente respetables las posturas que mantengan ambos progenitores, es preciso analizar cada supuesto de discrepancia de forma minuciosa. Para ello, cabe valorar los **usos sociales y familiares**, si hubo **pactos** previos o antecedentes entre los progenitores, etc., que puedan orientar a la adopción de la decisión más acertada.

**b) Colegio laico o religioso.** De nuevo el tipo de educación que vayan a recibir los hijos, es fruto de numerosas discusiones entre los progenitores. El conflicto suele surgir cuando uno de ellos quiere que su hijo acuda a un colegio religioso, generalmente católico, y el otro desea que no reciba formación en una determinada fe religiosa, bien por no ser creyente o por pertenecer a otra religión. Esta es una cuestión de difícil resolución, toda vez que en la formación cotidiana del menor van a estar presentes de forma necesaria, las diferentes creencias de sus progenitores, que van a influir de una forma u otra en su desarrollo a lo largo de los años, por lo que el juez debe valorar con quién convive el hijo, cual va a ser su entorno habitual y qué situaciones le pueden provocar más conflicto dentro de su vida cotidiana.

**c) Cambio de colegio por traslado de domicilio** del progenitor custodio junto con los hijos. Esta es una cuestión que igualmente suele suscitar discusión entre los progenitores, toda vez que el progenitor custodio puede pretender que el hijo curse estudios en un centro cercano al domicilio en el que resida o pretenda residir por un cambio de domicilio futuro. Al ser una cuestión para la que se precisa la decisión conjunta, se debe igualmente acudir al juez si no se llega al acuerdo. El progenitor custodio puede cambiar de domicilio, e incluso llevar consigo al menor a su nueva residencia, siempre y cuando el cambio no suponga una dificultad para el **mantenimiento del régimen de visitas** establecido con el progenitor no custodio (AP Caceres auto 15-11-19, EDJ 803564). Sin embargo, el cambio de colegio a uno más cercano al nuevo domicilio, sí precisa de la autorización de ambos, y en su caso, de la decisión judicial.

**d) Muchas veces surgen también conflictos por las relaciones que los progenitores mantienen con el colegio** al que acuden los menores, así como por determinadas actuaciones del progenitor custodio de las que no se ha informado convenientemen-

te al otro. Aunque el ejercicio de la patria potestad compete a ambos progenitores, en la práctica es habitual que el progenitor custodio no mantenga al otro informado de los avatares que suceden en el día a día de los hijos, tales como consultas médicas, reuniones con los tutores del colegio al que acuden, calificaciones escolares, etc. En este sentido, es conveniente que el progenitor no custodio trate de **mantenerse informado directamente** con el colegio o con los médicos que atienden cotidianamente a los menores. Pero en muchas ocasiones, por precaución o por desconocimiento, no se facilita la información precisa, y el progenitor no custodio se siente en situación de discriminación respecto del otro. En tales supuestos, dentro del proceso que pudiera plantearse por las incidencias surgidas en el ejercicio de la patria potestad, o dentro de un procedimiento de ejecución de sentencia con el mismo objeto, se puede recabar del juzgado el correspondiente **requerimiento al centro** para que facilite al progenitor no custodio toda la información que proceda sobre los hijos.

Con la crisis sanitaria generada por el **coronavirus COVID-19**, se produjeron algunas controversias entre progenitores en cuanto a la asistencia misma del menor al centro escolar. Siendo el derecho a la educación del menor y no de los padres, la incertidumbre sobre la duración de la situación, la función socializadora de la escuela, sobretudo en las edades más tempranas y, en su caso, la misma posibilidad de contagio de los familiares convivientes (abuelos) por otros canales, conducen a atribuir la facultad de decisión al progenitor que opta por la asistencia del menor al colegio (JPI León núm 10, EDJ 6553044).

**Actividades extraescolares** La problemática surgida en torno a las actividades extraescolares o clases extraordinarias no viene tanto por el desacuerdo entre los progenitores en cuanto a la conveniencia o no de las mismas, sino en cuanto a su **pago** por mitad entre ambos.

Los tribunales que han intervenido para resolver el conflicto, lo han hecho siempre dentro del marco de la ejecución de la resolución judicial por el impago por parte de un progenitor de la mitad que el otro entiende que le corresponde. En tal sentido, han venido entendiendo que si se trata de un **gasto no necesario** (por ejemplo, clases de inglés, de informática, de golf, tenis, etc.), no debe ser abonado por mitad, debiendo correr con su pago, el progenitor que decidió su conveniencia.

Sin embargo, la decisión puede tener otras lecturas, ya que la realización de actividades extraescolares puede suponer una **sobrecarga de trabajo y actividad**, y provocar en el menor una disminución importante de su rendimiento escolar. En este supuesto, el otro progenitor tendría la posibilidad de acudir a la vía judicial para que se resuelva sobre si el menor debe o no recibir dichas clases.

También resulta interesante precisar si el conocimiento por parte del otro progenitor de que el hijo viene realizando una actividad, significa que ha prestado su **consentimiento a la misma de forma tácita** y por lo tanto puede exigírsele su pago.

El **conocimiento** no supone un consentimiento tácito, aunque si aconseja que, de cara a la oposición procesal que en su momento haya de hacer a la reclamación de su pago, deba acreditarse que **se opuso**, bien a la práctica de dicha actividad, bien a su pago.

**Tratamientos médicos** Es igualmente frecuente que surja conflicto entre los progenitores acerca de la **conveniencia** de un determinado tratamiento médico para los hijos, bien por entender que no es necesario el mismo, o por considerar que ha ser un determinado **facultativo** y no otro, quién deba atender al menor.

En tal sentido, surgen numerosos conflictos por las discrepancias sobre el **tratamiento psicológico** de los hijos, decisión que normalmente adopta el progenitor custodio sin el consentimiento del otro, muchas veces incluso con la finalidad de ser utilizado posteriormente en un procedimiento judicial para obtener un cambio de custodia o una modificación del régimen de visitas. Sería deseable en tal caso que los profesionales intervinientes recabasen el **consentimiento de ambos** progenitores, a fin de poder analizar con precisión cual es la problemática del menor al que van a examinar, pues difícilmente sin la entrevista con ambos progenitores, van a poder