

AMPARO QUINTANA  
Abogada y Mediadora



# Las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificó el art. 154 del Código Civil (en adelante, CC), en el sentido de atribuir la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados tanto a la madre como al padre. La ONU ya lo había recomendado en 1967 (Resolución 1207, del Consejo Económico y Social), encomendando a sus Estados miembros que adoptaran todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad del hombre y de la mujer *en el ejercicio de los derechos y deberes de los padres*.

Volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, si bien el referido art. 154 CC habla de “padres”, sería preferible que se cambiara este vocable por “progenitores”, al resultar este último más amplio y exacto, abarcando todas las posibilidades de filiación que, desde el año 2005, pueden darse, dado que es factible ser hijo de dos madres o dos padres.

Igualmente, ese mismo precepto legal determina que la potestad se ejercerá siempre en beneficio de la prole y, en cuanto a su contenido, establece que consiste en *velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*, así como *representarlos y administrar sus bienes*.

Por último, la patria potestad se extiende a todos los hijos, tanto biológicos como adoptados y puede prorrogarse más allá de la mayoría de edad, en caso de que el menor haya sido incapacitado judicialmente, así como rehabilitarse, en caso de hijos solteros mayores de edad que conviven con cualquiera de sus progenitores y devienen incapaces (art. 171 CC).

La reforma del artículo 154 del Código Civil representó un paso más en la igualdad entre el hombre y la mujer, pero también un punto de discrepancia en el ejercicio de la patria potestad. Este artículo aborda particularidades de dicho ejercicio, distintos aspectos procedimentales al respecto y la mediación como alternativa a la intervención judicial.



En línea con lo anterior, el art. 156 CC establece que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores y que, en caso de desacuerdo, podrá acudir a la vía judicial para dirimir las diferencias. Al no distinguir, además, entre parejas que conviven (casadas o no) y parejas separadas, está claro que, tras la ruptura, ambos progenitores mantienen las mismas facultades y deberes respecto a la potestad sobre sus hijos, lo que se traduce en que la responsabilidad parental no desaparece si no es por las causas de extinción del art. 169 CC (muerte o declaración de fallecimiento de los progenitores o el hijo, emancipación y adopción), o por privación judicial (art. 169 CC).

## EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

### Ejercicio conjunto, como regla general

Constante el matrimonio o la convivencia, los casos de discrepancia en el ejercicio de la patria potestad suelen allanarse, en la práctica, desde el beneplácito, la condescendencia o la negociación entre los progenitores. No son pocos los casos en que, incluso, se reparten entre sí las materias o campos donde cada uno de ellos tendrá una voz más relevante, de acuerdo con su formación, características, antecedentes, etc. Pocas veces llegan a los juzgados y se diría que el propio tejido convivencial cataliza dichas divergencias, que se diluyen en el marco usual de las reglas y los pactos que sustentan a cada familia. De esta forma, cuando el disenso es notorio y las partes parecen ser incapaces de solucionarlo dentro del ámbito doméstico, optando por acudir a un tercero, en la mayoría de las ocasiones, por no decir todas, nos encontramos ante una situación de crisis, que puede ser manifiesta (parejas mal avenidas) o hallarse aún larvada (parejas cuyos problemas están latentes, a la espera de que algo los haga aflorar y, mientras tanto, se revelan a través de cuestio-

nes colaterales, como puede ser si los hijos comunes van o no a catequesis, cambian de colegio, se apuntan a submarinismo, etc.).

### Tras la ruptura, ambos progenitores mantienen las mismas facultades y deberes respecto a la potestad sobre sus hijos

Cuando los progenitores están separados, el art. 156 señala, en su último párrafo, que *la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva*. Sin embargo, son muchos los convenios reguladores aprobados judicialmente que determinan que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores y no son tantas las sentencias dictadas en procesos contenciosos que atribuyen ese ejercicio a alguna de las partes en exclusiva. Es decir, parece que la corriente generalizada se inclina a que las madres y los padres no se desliguen del ejercicio de la potestad parental, con independencia de quién ostente la custodia de los menores.

Asimismo, la Ley 15/2005, de 8 de julio, que reforma el Código Civil, aunque no el artículo 156, recoge, sin embargo, en su Exposición de Motivos esta idea de que el ejercicio de la patria potestad continúe siendo conjunto tras la separación o el divorcio, salvo acuerdo de las partes o porque haya causa legal para ello. En este sentido, el art. 92.4 CC determina que *los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges*. Parece, por tanto, que la regla general es la de compartir ese ejercicio y que lo contrario debe especificarse en sentencia o convenio.

Por otro lado, cabe la posibilidad de que uno de los progenitores actúe con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos *los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad*, según dispone el art. 156 CC que, de cara a terceros, establece la presunción de que existe ese consentimiento en el *ejercicio ordinario de la patria potestad*, recogiendo aquí el principio de la buena fe como criterio informador y principio general de nuestro ordenamiento jurídico.

Con todo, cabe concluir que el citado art. 156 consagra una patria potestad solidaria, en la que las decisiones llevadas a cabo por uno de los progenitores implican al otro, corresponsabilizándolo.

### Ejercicio por uno de los progenitores, como excepción

Cuando se determine que la patria potestad sea ejercida **total o parcialmente** por uno solo de los progenitores, deberá fundarse en un motivo que así lo justifique, tal y como señala el art. 156 CC, que establece a tal fin:

■ **Los desacuerdos reiterados entre los progenitores** o cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad o, lo que es lo mismo, paralicen la toma de decisiones importantes en relación con la prole.

■ **La ausencia, incapacidad o imposibilidad de alguno de los progenitores**, no solo en estricto sentido jurídico, es decir, con resolución judicial que declare la ausencia o la incapacidad, sino también en todos aquellos supuestos fácticos en que la madre o el padre no puedan realizar normalmente las funciones de patria potestad, como residir en un lugar lejano, estar en prisión, no tener noticias de ella o de él, enfermedad grave, etc.

En el primer supuesto, el juez determinará el tiempo por el cual se deba ejercer la patria potestad por uno solo de los progenitores, que no podrá supe-

rar los dos años. Por tanto, de continuar las discrepancias más allá del plazo establecido judicialmente, la parte interesada deberá volver a solicitarlo, pues, tratándose de restricción de derechos, no cabe la prórroga automática.

Respecto al segundo punto, se entiende que la medida puede adoptarse por tiempo indefinido, supeditado a la causa que la justifica.

## INTERVENCIÓN JUDICIAL

### Aspectos procedimentales

En caso de desacuerdo entre los progenitores, dispone el citado art. 156 CC que cualquiera de ellos podrá acudir al juzgado, no para que dirima sobre la controversia en cuestión (por ejemplo, decidir si se bautiza o no al hijo o si en verano debe ir a un campamento), sino para que indique quién de los dos podrá decidir sobre ello. Esto cabe ventilarse a través de un proceso de jurisdicción voluntaria (trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 [LEC], vigente aún en este punto), lo que resulta útil cuando haya que resolver sin demora, lo que suele ocurrir con mucha frecuencia.

Dicho precepto también establece que habrán de ser oídos ambos progenitores, así como los menores, si tuvieran el suficiente juicio y, en todo caso, si han cumplido los doce años. Al respecto, la exploración debe llevarse a cabo *“en condiciones idóneas [...], sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”* (art. 770 LEC regla 4.ª, *in fine*). No conviene olvidar tampoco que, contra el auto que dicte el juez, no se dará recurso alguno.

Ahora bien, muchas de las controversias que aparecen en relación con el tema que nos ocupa se suscitan en sede de un proceso judicial de separación, nulidad, divorcio o de menores y cabe pedir alguna medida limitando total o parcialmente ese ejercicio de la patria potestad. En tal caso, resulta

adecuado tramitarlo en el mismo procedimiento, tal y como se desprende del art. 92.3 CC. Por tanto, se observarán las normas que establece el art. 770 LEC, que remite a los trámites del juicio verbal. Asimismo, nada impide que pueda suscitarse la cuestión de patria potestad como medida provisional previa o coetánea a la demanda principal (arts. 771 y 773, respectivamente, de la LEC).

### La patria potestad ejercida total o parcialmente por uno solo de los progenitores deberá fundarse en un motivo que así lo justifique

Por otro lado, existe también la posibilidad de que la discrepancia se suscite tras la ruptura, una vez dictada sentencia firme y por disparidad de criterios a la hora de cumplir la resolución judicial, en cuyo caso procede una demanda ejecutiva (art. 549 y ss. LEC, con prescripciones del art. 776 del mismo texto legal). Asimismo, para aquellos casos en que no existiera aún sentencia firme y, si hubiera medidas provisionales ninguna de ellas aludiera de forma específica a la cuestión objeto de la controversia, podría plantearse la correspondiente cuestión incidental ante el mismo juzgado (art. 387 y ss. LEC). En caso de que se hubieran dictado medidas y en el correspondiente auto se indicara algo respecto a la cuestión debatida, se pediría la ejecución de dicha resolución (art. 776 LEC).

### Casuística

Los casos que se presentan en los tribunales son variados, pero la mayor parte de los desacuerdos guarda relación con alguno de los siguientes motivos:

■ **Elección o cambio de centro escolar:** A veces acontece que quien ostenta la custodia del hijo lo traslada a otro centro educativo sin consentimiento del otro progenitor e, incluso, en algunos casos sin tan siquiera habérselo puesto en conocimiento. Dirimir esta controversia es siempre difícil, razón por la que los tribunales suelen adoptar criterios objetivos a la hora de resolver, como la trayectoria de la familia, la distancia entre el domicilio y el colegio, la adaptación y el rendimiento del menor, etc.

■ **Traslado de residencia de los hijos sujetos a patria potestad:** En algunos casos suele estar motivado por temas laborales, que no siempre son comprendidos o aceptados de contrario. Mas otras veces se lleva a cabo sin comunicación previa, presentándolo ante el otro progenitor como un hecho consumado. En tal supuesto, suele ser habitual que se haga pensando que se tiene derecho a ello, derivado de habersele atribuido la guarda y custodia. Cuando se judicializa el tema, no falta quien invoque el art. 19 de la Constitución, lo que evidencia que se está primando el derecho particular de la madre o el padre a circular libremente por el territorio nacional (que nadie lo cuestiona) por encima del interés de los hijos. Mientras no haya una razón objetiva e importante que lo justifique, a estos se les cambia de hábitat y ven, de la noche a la mañana, cómo se han modificado, y a lo peor cesado, su relación con el progenitor no custodio y otros familiares.

■ **Sometimiento del menor a pruebas médico-quirúrgicas y otros medios sanitarios:** En algunos casos, la discrepancia está originada por el tratamiento en sí, como pudiera ser operar ahora o dejarlo para más adelante. En estos casos, la opinión de los facultativos es vital, lástima que a veces no coincidan y los progenitores se enzarcan en una pelea que olvida, una vez más, que lo que está en juego es el bienestar de su hija o hijo. Pero, en otros momentos, la disparidad de pareceres entre los progenitores obedece al

precio de las gafas, la ortodoncia o un zapato ortopédico y, lo que en principio debiera circunscribirse a un asunto de gastos extraordinarios, termina siendo un caso de ejercicio de la patria potestad, donde las partes aprovechan para censurárselo todo.

■ **Cumplimiento de preceptos religiosos o asistencia a celebraciones de este carácter:** Cuando se suscitan problemas así, normalmente es porque la madre o el padre han cambiado de culto o, sin haber cambiado, han variado sus ideas al respecto. Se comprende que, en ciertos contextos, el progenitor demandante quiera alejar a sus hijos de lo que considera una influencia si no dañina, sí poco recomendable, toda vez que es posible identificar a algunos grupos como sectas. Fuera de dichos supuestos, es relativamente frecuente que algunos padres y madres se opongan a que los niños hagan la comunión o se bauticen, alegando que en el pasado “tenían claro” que dichas cuestiones las dejarían al criterio de los hijos, cuando los mismos crecieran.

■ **Elección de actividades extraescolares:** Apuntar o no a un crío a una determinada ocupación deportiva, cultural o de refuerzo es, en ciertas ocasiones, piedra de choque entre su progenitores. Alguno puede sentirse discriminado y arrinconado en la toma de decisiones, quizá porque la actividad en cuestión le dificulta estar con el menor o supone una reestructuración importante del horario familiar semanal.

Como puede observarse, se está pidiendo a los tribunales que decidan sobre cuestiones privadas que, en muchos momentos, son de índole íntima de la familia. Cuando es posible acudir a un criterio objetivo (el informe de un médico, por ejemplo), cabe pensar que la solución judicial será acatada de mejor o peor grado por los interesados. Pero ¿qué ocurre cuando la cuestión de patria potestad reúne características tan particulares que el resultado de todo ello depende de matices o puntos de vista?

## Interés del menor por encima de todo

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (secc. 24.ª), de 6 de mayo de 2010, concreta los siguientes puntos:

■ La patria potestad se concibe legalmente en beneficio de los hijos y requiere el cumplimiento de los deberes descritos en el art. 154 CC.

■ Las limitaciones al ejercicio de la misma han de acomodarse al principio de protección del interés del menor.

■ La privación de la patria potestad es excepcional por su gravedad y debe aplicarse en casos extremos. No basta la sola constatación de un incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales, *sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor.*

## Privación de la patria potestad

Existe la posibilidad de que la madre o el padre se vean privados de su potestad sobre los hijos, cuando hayan incumplido los deberes parentales. Esto puede acontecer como consecuencia de una acción independiente o en un proceso penal o matrimonial (art. 170 CC).

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 5 de marzo de 1998 (n.º 183), mantuvo que la amplitud de contenido del citado artículo concede al juzgador *una amplia facultad discrecional de apreciación*, primando el interés del menor.

## La privación de la patria potestad debe decretarse cuando esto sea lo más favorable para los hijos y no como “sanción” al progenitor

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 2010, sintetiza esta cuestión

(*ver recuadro*) y opta por no privar a un padre de la potestad sobre su hija, en un caso en que la menor se encuentra bajo la custodia de sus abuelos, desde el fallecimiento de la madre, y a pesar de que aquel no mantenía contacto ni se ocupaba de la niña (según Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 25, tribunal *a quo*, de 28 de abril de 2009). Recurrída en casación, fue confirmada por la STS de 10 de febrero de 2012 (n.º 43, Sala I).

Por tanto, la privación de la patria potestad debe decretarse cuando esto sea lo más favorable para los hijos, de acuerdo con el caso concreto, y no como “sanción” al progenitor supuestamente incumplidor de sus deberes. Así las cosas, la jurisprudencia viene siendo restrictiva a la hora de estimar peticiones en tal sentido. Además, el propio art. 170 CC prevé su recuperación cuando haya cesado la causa que motivó su pérdida.

## LA MEDIACIÓN COMO OTRA FORMA DE RESOLVER ESTAS CUESTIONES

Ya se ha dicho que muchas de estas discrepancias encierran intereses económicos (por ejemplo, ahorrarse los gastos de transporte llevando a los hijos a un colegio más cercano) y que, lamentablemente, no siempre se anteponen el interés de los menores, sino

el propio e individual de los progenitores. Además, casi todas las disputas surgen una vez que se han separado y son frecuentes las ocasiones en las que uno de ellos actúa por su cuenta, sin consultarle al otro, lo que provoca en este último el sentimiento de malestar, pues piensa que se le aparta de la vida de sus hijos. Por ello y tras el oportuno asesoramiento, su opción suele ser la de acudir a los tribunales para reivindicar su papel, comenzando así una espiral contenciosa de consecuencias poco halagüeñas para la familia.

A este respecto y aun en el caso de que le den la razón en el pleito, posiblemente se habrá agrandado la fractura que existía con la madre o el padre de sus hijos, lo que le hará mantenerse en guardia, esperando que haya un contraataque por cualquier otra cosa. Esto comporta una actitud "a la defensiva" en ambas partes, que empiezan a acumular "pruebas" (correos electrónicos, mensajes telefónicos, burofaxes, "testigos", etc.), por si acaso las necesitan más adelante.

En suma, pues, los conflictos suscitados entre los progenitores en torno al ejercicio de la patria potestad suelen proceder de una mala relación entre ellos y no solo de que mantengan opiniones distintas en un punto concreto con relación a sus hijos. De esta manera, cuando una de estas desavenencias llega al juzgado, lo que se plasma en los autos no es más que la parte visible del iceberg: alguien ha hecho algo sin consultar a la otra parte o, incluso, contra su expresa opinión.

De igual forma y avanzando un poco más en el fondo de este asunto, a la pregunta de por qué se ha llegado a tan lamentable situación, la respuesta es múltiple y heterogénea, dependiendo del caso concreto: miedo, información errónea, venganza, incapacidad de negociación, nuevas familias, comunicación deficiente, dependencia emocional, celos, sentirse ganador/a, quedar bien ante terceros... y, por encima de todo, el sentimiento de frustración derivado de no haber conseguido o no estar

consiguiendo todo lo que se desea. Con frecuencia, la sensación de ver truncadas las propias expectativas, produce el deseo de revancha e intentar ganar algo, por nimio que sea. Es entonces cuando empieza a ser importante dejar constancia de los desacuerdos, aumentando las invectivas, la ironía y la crítica, lo que acaba tensionando la relación y, en algunos casos, implicando a los hijos en una pelea parental que puede desembocar para ellos en un sentimiento de culpa (Dowling y Gorell, 2008).

Rara vez una resolución judicial va a equilibrar tales deficiencias, dado que no es su finalidad y, si lo fuese, podría devenir inútil, pues en numerosas ocasiones la sentencia o el auto llegan cuando el conflicto se ha agravado, se ha transformado en otro o se ha desvanecido y, por ende, pone fin a un procedimiento, pero realmente no resuelve.

### La mediación está particularmente indicada cuando se trata de relaciones que van a perdurar en el tiempo

En este sentido, la mediación ha dado sobradas muestras de que es una vía idónea para gestionar y/o resolver esta clase de conflictos, donde más que nunca se hace necesario dotar a las partes de las herramientas suficientes que las capaciten para retomar el diálogo perdido y, en un espacio de neutralidad e igualdad, llegar a la solución por sí mismas. No puede olvidarse que, tras un cambio de colegio o un traslado al extranjero, hay menores que pueden sufrir las consecuencias de las posturas intransigentes de sus mayores, a menudo amparadas en interpretaciones favorables del ordenamiento jurídico y, frecuentemente, al límite del abuso de derecho.

La mediación está particularmente indicada cuando se trata de relaciones que van a perdurar en el tiempo, como son las familiares (Recomendaciones 12/1986 y 1/1998 del Consejo de Europa). En este orden de cosas, los cónyuges o convivientes podrán separarse y hasta constituir nuevas familias, pero seguirán siendo progenitores de los mismos hijos y, mientras estos continúen bajo la potestad de ambos, va a existir un sinfín de ocasiones en que deban acordar en interés de aquellos.

Este método alternativo de resolución de conflictos, al contrario que los sistemas adversariales, se centra en los intereses y necesidades de las partes, dejando de lado la posición inicial. Por lo tanto, "qué se pide" carece de sentido, cuando no emerge el "para qué se pide".

Volviendo al art. 156 CC, se establece que el juez no decide formalmente, en el sentido de ordenar, sino que faculta a uno de los progenitores para que tome la decisión. De todos modos, intrínsecamente, el juzgador se posiciona a favor de un criterio u otro, quitando de facto la razón a una de las partes. Ahora bien, lo que subyace en el precepto analizado es la voluntad del legislador de que las partes se pongan de acuerdo y que la intervención de los tribunales sea mínima en cuestiones dimanantes del ejercicio de la patria potestad.

Por eso, la mediación es un instrumento básico que puede ayudar a que sean los propios interesados quienes decidan sin sentirse compelidos a seguir el criterio de un tercero. Desde el año 2001 contamos en España con normas autonómicas de mediación familiar y, tras la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se regula al nivel estatal en el terreno del Derecho privado. Aun así, no se trata de una institución nueva, pues ya el Fuero de Avilés, en el siglo XI, se refería a la mediación como *jurisdicción ordinaria, donde no llegan las extraordinarias*. Igualmente, el Derecho aragonés ha contado desde antiguo con la Junta de Parientes, que responde al deseo de que las disputas

familiares se resuelvan sin salir de su ámbito.

Así las cosas, al igual que se aboga por la implantación del llamado *Juez Hermes*, dios de la comunicación, como modelo de justicia en movimiento, donde pesa más la palabra que la espada como símbolo de su poder, también debería avanzarse hacia el *Abogado Hermes*, representado por una red que agrupa multitud de puntos en interacción y no solamente una sola forma de dirigir los asuntos.

Para terminar (y eso va dirigido tanto a juristas como a mediadores) se pueden prevenir estos conflictos si, a la hora de redactar las sentencias, los convenios o los acuerdos, se determina qué aspectos de la patria potestad son los que cada progenitor puede realizar por sí mismo, sin consentimiento del otro. Esto es algo que puede evitar muchos litigios futuros y bastantes quebraderos de cabeza.

## Bibliografía

■ **Alonso Pérez, M.:** *Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el derecho matrimonial español*, dentro de la obra "Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Beltrán de Heredia". Salamanca: Universidad de Salamanca, 1984.

■ **Asensio Sánchez, M. Á.:** *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*. Madrid: Dykinson, 2012.

■ **Beyebach, M.:** "La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: aspectos emocionales y relacionales" en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, II-2009.

■ **Bolaños Cartujo, I.:** *Hijos alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas*. Madrid: Reus, 2008.

■ **Dowlig, E. y Gorell Barnes, G.:** *Cómo ayudar a la familia durante la separación y el divorcio. Los cambios en la vida de los hijos*. Madrid: Morata, 2008.

■ **Ost, F.:** "Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez" en *Revista Doxa*, n.º 14, 1993.

■ **Perdiguero Bautista, E., Delgado Martín, J. y Serrano Castro, F.:** *Guía práctica sobre las reformas de Derecho de Familia*. Madrid: El Derecho, 2006.

■ **Ruisánchez Capelastegui, C.:** *La privación de la patria potestad*. Barcelona: Atelier Libros, 2006.

## Disfrute de MÁS tiempo libre



# DictaLaw®

El primer y único sistema integrado de reconocimiento de voz para juristas

¿Utiliza más de 3 horas al día el teclado para hacer escritos, redactar demandas, contestar e-mails...?

¿Le gustaría tener un sistema que le permitiera eliminar el 66% del tiempo que diariamente está utilizando el teclado?

¿Apostaría a multiplicar por cuatro su productividad?

Si ha respondido **SÍ** a todas las preguntas, entre hoy mismo en [www.dictalaw.es](http://www.dictalaw.es) y sorpréndase tanto como quien ya lo está utilizando en su despacho

**DictaLaw®.** Dígalo por escrito. Usted habla y el ordenador lo transcribe todo



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

