



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

NUEVAS ORIENTACIONES DE LA PATRIA POTESTAD

**ESPECIAL REFERENCIA A LA REPRESENTACIÓN EN EL
ÁMBITO SANITARIO Y AL EJERCICIO EN SITUACIONES
DE CRISIS MATRIMONIALES**

Autor: Jaime Enguita Cuesta

5ºE3A

Derecho Civil

Tutor: José María Ruiz-de Huidobro De Carlos

Madrid

Abril 2019

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objeto de investigación las nuevas orientaciones de la patria potestad en el Derecho español, con un particular énfasis en la facultad de representación de los progenitores en el ámbito sanitario y las posibilidades de ejercicio de la patria potestad en casos de crisis matrimoniales. Mediante un inicial análisis teórico de la ordenación de la patria potestad en el Código Civil, así como de las más recientes y relevantes innovaciones normativas aplicables al mismo, se procederá a estudiar cómo la patria potestad ha experimentado, en los últimos años, nuevos caminos en estos dos específicos aspectos.

PALABRAS CLAVE

Orientaciones, patria potestad, progenitores, hijos menores, ámbito sanitario, crisis matrimoniales, Código Civil, jurisprudencia, anteproyecto.

ABSTRACT

The present End-of-Degree Project has the aim of conducting a thorough analysis of the new guidances of parental responsibility in Spanish Law, making a particular emphasis on the faculty of representation of the parents in the sanitary sphere, as well as on the possibilities of exercising the parental responsibility in marital crisis. First of all, a deep study of the regulation of parental responsibility in the Spanish Civil Code will be provided. Moreover, the most recent and innovative changes experienced by the Civil Code will be analyzed. Finally, we will proceed to investigate how parental responsibility has experienced, in recent years, new transformations in the frameworks mentioned.

KEY WORDS

Guidances, parental responsibility, parents, under age children, sanitary sphere, marital crisis, Civil Code, case law, preliminary bill.

ÍNDICE

<i>Listado de abreviaturas</i>	6
1. Introducción	7
2. Concepto de la patria potestad	9
2.1 Evolución de la patria potestad.....	9
2.2 Contenido de la patria potestad	11
2.3 Sujetos de la patria potestad	14
2.3.1 Titulares de la patria potestad.....	14
2.3.2 Protegidos por la patria potestad	17
2.4 Extinción y situaciones anómalas de la patria potestad	19
2.4.1 Extinción de la patria potestad	19
2.3.2 Privación de la patria potestad	20
3. Facultades de representación legal de los progenitores sobre los hijos	22
3.1 La representación legal en general	22
3.2 Ejercicio de la representación en el ámbito sanitario	24
3.3. El Real Decreto-Ley 9/2018 y su influencia sobre la patria potestad en casos de violencia de género	31
4. Ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales	34
4.1 La patria potestad en relación con la guarda y custodia	35
4.2 Mantenimiento conjunto del ejercicio de la patria potestad.....	39
4.3 Atribución total de la patria potestad a uno de los progenitores.....	43
4.4 Ejercicio parcial y distribución de las funciones inherentes a la patria potestad	47
4.5 Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio	49
5. Conclusiones	52
6. Bibliografía	55
6.1 Doctrina.....	55
6.2 Legislación	57

6.3. Jurisprudencia.....	58
6.4 Referencias de Internet.....	59

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC

Código Civil

LAP

Ley de autonomía del paciente

LPIA

Ley de protección de la infancia y la adolescencia

1. INTRODUCCIÓN

La patria potestad se erige, en nuestro ordenamiento, como la institución jurídica que abarca el haz de derechos, deberes y facultades que los progenitores ostentan sobre sus hijos menores no emancipados. La realidad social cambiante y en continuo desarrollo, manifestada, entre otros, en la proliferación de nuevos modelos familiares o en el progresivo otorgamiento de mayores posibilidades de actuación a los menores exige que las viejas instituciones de nuestro Derecho común, y, en concreto, la patria potestad, se adecúe, modernice y avance en la misma dirección que lo hace la realidad social con el objetivo de adaptarse a las nuevas necesidades imperantes. Es por ello por lo que la patria potestad se configura como una institución flexible, materializada en las nuevas orientaciones que experimenta la misma de cara a cumplir, de la manera más eficiente posible, con su propósito último de procurar el beneficio y desarrollo del menor.

Dentro de las nuevas orientaciones que sigue la patria potestad, por su especial relevancia y trascendencia, hemos considerado adecuado centrar nuestro estudio en dos particulares especificaciones de las mismas: la facultad de representación que la patria potestad atribuye a los progenitores en el ámbito sanitario y las más actuales tendencias y posibilidades de ejercicio de la patria potestad en casos de crisis matrimoniales.

Para llevar a cabo este análisis, seguiremos un método legal-positivista incluyendo las líneas de política legislativa, de un lado, y, de otro, un análisis jurisprudencial.

Se analizará, en primer lugar, el contenido puramente teórico de la institución de la patria potestad contenido en el ordenamiento jurídico español. Mientras realizamos este análisis, dejaremos constancia de los nuevos cambios impuestos en los últimos años en la normativa vigente, claros manifiestos de las nuevas direcciones que sigue esta institución jurídica. Asimismo, haremos referencia, en este sentido, al Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, debido a los importantes cambios que pretende introducir y que afectan, notablemente, a la figura de la patria potestad.

Posteriormente, se hará énfasis, en primer lugar, en las últimas tendencias en cuanto a la facultad de representación de los progenitores sobre los hijos, en aras del ejercicio de esta facultad que les atribuye la patria potestad, en el ámbito sanitario; la implantación de la

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) supuso un importante cambio de paradigma en cuanto a quién debía consentir las actuaciones médico-sanitarias sobre los pacientes menores. Ello, junto a su modificación por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, hacen necesario un estudio pormenorizado de esta cuestión.

A continuación, se abordará el estudio de las posibilidades de ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales (separación y divorcio). Partiremos de la regulación teórica del Código Civil para, posteriormente, analizar tanto la más reciente jurisprudencia como la doctrina asentada por el Tribunal Supremo, con el objetivo de averiguar y establecer los caminos y tendencias que, en la actualidad, se están siguiendo en este ámbito. En este punto, se hará especial referencia al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, el cual, pese a no haber sido tramitado como proyecto de ley, plasma con gran acierto la necesaria reforma que nuestro Código Civil requiere para adecuarse a la nueva realidad que experimenta la patria potestad.

Finalmente, terminaremos estableciendo las pertinentes conclusiones sobre el análisis conjunto de todo el estudio llevado a cabo.

2. CONCEPTO DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad, en términos generales, y según la doctrina, es la institución jurídica o poder global que incluye los derechos, deberes y facultades que los padres o progenitores ostentan en relación con sus hijos, sobre su persona y sus bienes, para garantizar su protección y formación, de acuerdo con la ley.¹ Sin embargo, la patria potestad no agota el contenido de las posibles relaciones paterno-filiales; pueden darse situaciones en las que los hijos, siendo aun menores y necesitados de especiales cuidados, no estén sujetos a la patria potestad.² Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo define la patria potestad como un «conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación... y se orienta en favor y servicio de los hijos, lo cual, queda recogido en el propio texto del Código Civil.»³

La mayoría del contenido de la relación paterno-filial, en cuanto a relación jurídica, se encuentra embebido en el régimen jurídico de la patria potestad. Aun así, no se debe identificar el régimen jurídico de ésta con el contenido de aquélla. La patria potestad es un plus que se superpone, en la fase de menor edad de los hijos, a la relación paterno-filial, la cual existe desde que la filiación queda legalmente determinada. Como consecuencia, puede existir una relación paterno-filial con un determinado contenido que no se ajuste a la patria potestad; ésta puede haberse extinguido por diversas razones, como por la privación a los padres de la misma, o la emancipación del hijo.⁴

2.1 Evolución de la patria potestad

A lo largo del tiempo, la patria potestad ha sido interpretada desde prismas muy distintos, desde las antiguas percepciones del Derecho Romano clásico hasta las más contemporáneas y actuales orientaciones de la patria potestad, verdadero objeto de análisis del presente trabajo. A modo de ofrecer un breve recorrido por su evolución, la antigua sociedad romana consideraba al *paterfamilias* como titular de un derecho subjetivo absoluto, inmediato y perpetuo sobre los hijos que alcanzaba, incluso, a

¹ Albaladejo M., Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia IV, Edisofer, Madrid, 2009, p. 280.

² Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Tomo I*, TECNOS, Madrid, 2012, p. 270.

³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de abril de 1991, RJ 3108/1991.

⁴ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho...* cit. 270.

disponer del derecho de vida y muerte sobre éstos.⁵ Este poder era considerado de naturaleza cuasi pública. Así, en el orden político, social y patrimonial el *paterfamilias* era considerado como el único sujeto de derechos.⁶

En la evolución posterior, hasta la primera regulación de la patria potestad en el Código Civil de 1889, la patria potestad fue relajándose, limitándose considerablemente la facultad de disponer de los derechos hoy considerados fundamentales de los hijos, principalmente debido a determinadas causas: en el ámbito político, el aumento de la autoridad del Estado se tradujo en la pérdida de la familia del carácter de institución de Derecho Público, replegándose al ámbito privado; en el ámbito religioso y moral, la implantación del Cristianismo y su concepto de familia otorgaba a la *potestas* un papel considerado como deber de asistencia del padre al hijo.⁷

El Código Civil, en su redacción de 1889, otorgó a la patria potestad un perfil excesivamente romanista y patriarcal, poco relacionado con la realidad de los tiempos en los que entró en vigor el Código; presentaba un carácter autoritario y correspondía al padre, quedando el ejercicio por la madre únicamente de manera subsidiaria.⁸

Las tendencias más modernas se inclinan por la consideración de la patria potestad, valga la redundancia, como una potestad en sentido técnico, consecuencia de los deberes que pesan sobre los progenitores para con los hijos, cuyo ejercicio habilitado por el ordenamiento jurídico debe hacerse en beneficio de éstos, y no para velar por los intereses propios de los progenitores.⁹ Esta línea se aprecia a partir de la reforma de 1981 del Código Civil, donde el beneficio del hijo se erige como la columna vertebral de la misma. La potestad ya no es ejercida exclusivamente por el padre, sino compartida con la madre, y siempre de una manera funcional. Se suaviza el sistema punitivo y se da más importancia a los derechos de la personalidad del hijo y a su esfera jurídica personal. Para finalizar, los controles públicos se intensifican para otorgar mayores competencias y poderes al Estado frente a los estrictamente familiares.¹⁰

⁵ Lasarte, C., *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 344.

⁶ Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos del Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 387.

⁷ *Ibidem*, cit. 388.

⁸ Díez-Picazo L. y Gullón A., *Sistema de Derecho...* cit. 271.

⁹ Lasarte C., *Derecho de Familia...* cit. 344.

¹⁰ Díez-Picazo L. y Gullón A., *Sistema de Derecho...* cit. 272.

De todo ello resulta que la patria potestad es una institución básica de orden público; intransmisible, irrenunciable e imprescriptible.¹¹

2.2 Contenido de la patria potestad

El Código Civil regula la patria potestad en sus artículos 154 a 172, ofreciendo una primera definición en su artículo 154. Ésta comprende tanto el deber y facultad de los progenitores que ostentan la patria potestad sobre los “hijos no emancipados” (cuestión que abordaremos, de manera más detallada, posteriormente en el trabajo) de “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral” así como el deber y facultad de “representarlos y administrar sus bienes”. De esta lectura podemos extraer dos principales ámbitos sobre los que se ejerce la patria potestad: el ámbito personal y el ámbito patrimonial del menor.

La orientación de la patria potestad al beneficio de los hijos queda calcada en este mismo artículo 154, pues “se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”. El artículo finaliza estableciendo el derecho que corresponde a los hijos de ser oídos, antes de tomar decisiones que les afecten, cuando tuvieren suficiente madurez. Esto es debido a que la determinación de los deberes paternos exige una determinación casuística y, en gran medida, dependiente de la propia predisposición de los hijos, cuya opinión y características personales habrán de ser tenidas en cuenta por los progenitores. Ello no implica, naturalmente, que su parecer sobre cualquier cuestión familiar deba considerarse preeminente.¹²

El precepto finaliza indicando que, asimismo, “Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.” Algunos autores opinan que se debería añadir una última redacción a este artículo 154, expresando que “la concreción y exigencia de tales deberes ha de cohesionarse con las circunstancias familiares en su conjunto.”¹³

¹¹ *Ibidem*, cit. 271.

¹² Lasarte C., *Derecho de Familia...* cit. 349.

¹³ *Ibidem*, cit. 350.

Resulta fundamental detenernos, en este punto, para abordar la abrogación de la facultad de corrección, anteriormente contenida en el final del artículo 154, por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, y que supone un claro reflejo de las orientaciones contemporáneas de la patria potestad. Nuestro Código contenía formulada, anteriormente, una facultad de corrección cerrando el artículo 154, estableciendo que “los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, corregir razonable y moderadamente a sus hijos”. Ello es consecuencia natural de la posición respectiva de padres e hijos, pues la función educadora requiere una cierta capacidad de orientación, donde el premio y el castigo pueden formar parte de la relación paternofamiliar cotidiana.¹⁴

En tal sentido, y con ocasión del final de la legislatura 2004-2008 bajo el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, el “tema del cachete” suscitó un gran debate nacional y fue incorporado al texto de la Ley 54/2007.¹⁵ Así pues, la Exposición de Motivos de dicha ley declara que “Por otro lado se aprovecha el evidente vínculo que une la adopción con la protección de los menores para abordar la reforma de los artículos 154 [...] del Código Civil”.¹⁶ De este modo, se da respuesta a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, el cual mostraba su preocupación por la posibilidad de que esta facultad de corrección moderada contravenga el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Dicho artículo reza que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas [...] apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos [...] mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres”.

De este modo, la moderada facultad de corrección del artículo 154 queda suprimida por considerarse atentatoria contra la integridad física y psicológica de los menores de edad sujetos a la patria potestad. En consecuencia, si un menor no obedece sistemáticamente a sus progenitores, a éstos no les queda más solución que impetrar el auxilio de la autoridad, lo cual es, para un sector relevante de la doctrina, totalmente ineficiente; no se especifica a qué órganos concretos han de acudir los progenitores (pudiendo tratarse de policía, tribunales o entidades públicas de protección de menores). Sin embargo, y previamente a la reforma del Código en 2007, muchas resoluciones judiciales penales ya rechazaban

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Exposición de Motivos IV, Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE núm. 312, de 29/12/2007.

la corrección traducida en una agresión física sobre los hijos. Aun así, en algunos supuestos se ha dado la admisibilidad de conductas correctivas físicas de mínima intensidad, no habituales, con intención de corregir un comportamiento violento o agresivo del menor, y que no causen lesiones sobre el mismo. Estas conductas están amparadas, entre otros, por el principio de insignificancia de la acción o de intervención mínima del Derecho Penal.¹⁷

Una vez explicada esta reforma y su impacto, y volviendo al estricto contenido de la patria potestad, ésta se erige no únicamente como una institución plagada de prerrogativas o facultades de los progenitores, sino como auténticos deberes de conducta. Estos deberes han de conjugarse con su concepción, así mismo, como derechos de los progenitores; el deber de educación del artículo 154 CC va indisolublemente unido al derecho de educación consagrado en el artículo 27.2 de la Constitución Española. Igualmente, es acertado considerar el deber de los progenitores de tener a los hijos en compañía como el derecho de que éstos vivan con aquellos, entre otros.¹⁸

Resulta interesante destacar, en este punto, la opinión que algunos autores mantienen ante la actual interpretación del conjunto de deberes de los progenitores enunciados en el artículo 154, calificándolos como “bienintencionados errores educativos” o “un reflejo pálido de la generalidad de las relaciones paternofiliales”; la exageración en la asistencia y protección dispensada a los hijos ha llegado a calificar a éstos, desde el punto de vista sociológico, como *superprotegidos*, siendo otorgados de excesivas oportunidades.¹⁹

El artículo 155. CC impone, a su vez, deberes de conducta de los hijos sujetos a la patria potestad hacia sus progenitores: “Los hijos deben: 1º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.” Algunos autores opinan que el respeto no se deriva de la patria potestad, sino de la relación paternofilial, pues resulta exigible una vez extinguida aquélla y su falta de observancia puede sancionarse en el ámbito familiar por diversas vías, como la desheredación o la negación de alimentos.²⁰ 2º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.” Resulta evidente que, en la mayoría de los casos, los

¹⁷ Lasarte C., *Derecho de Familia...* cit. 351.

¹⁸ Corripio Gil Delgado, R., *Filiación y responsabilidad parental*, en De Couto Gálvez, R.M., *Derecho de las relaciones familiares y de los menores*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 223.

¹⁹ Así opina Lasarte, C., en *Derecho de Familia...* cit. 349.

²⁰ *Ibidem*, cit. 348.

hijos menores no pueden contribuir económicamente al levantamiento de las cargas familiares, pero sí al mantenimiento armónico de la vida familiar mediante muchas otras labores, como poner la mesa o hacer la cama.²¹

De todo este análisis podemos deducir que, desde el punto de vista estrictamente personal, la patria potestad se caracteriza por someter a los progenitores a un haz de obligaciones mucho más gravosas que las correspondientes a los hijos.²²

Resulta interesante destacar, aquí, la síntesis e inclusión de este artículo 155 en la reforma de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Así, su artículo 9.ter dicta que “Los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos así como a otros familiares y deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo.”

2.3 Sujetos de la patria potestad

2.3.1 Titulares de la patria potestad

De la lectura conjunta de los artículos 154, 155 y 156 CC extraemos que son los progenitores quienes se erigen como sujetos titulares de la patria potestad.²³ Ello implica que los progenitores han de actuar siempre, como apuntábamos, en beneficio de los hijos menores, buscando siempre el interés superior de los mismos.

Antes de abordar el contenido del artículo 156 CC para estudiar los aspectos fundamentales de los titulares de la patria potestad, resulta fundamental mencionar la reforma que dicho artículo sufrió el pasado 3 de agosto de 2018, mediante Real Decreto-ley, y que será objeto de análisis posteriormente en este trabajo.

El artículo 156.1 configura la patria potestad como una función dual o conjunta, aunque admitiéndose también como individual, ordenando que ésta “se ejercerá conjuntamente

²¹ Díez-Picazo L. y Gullón A., *Sistema de Derecho...* cit. 356.

²² Lasarte, C., *Derecho de Familia...* cit. 348.

²³ De Couto Gálvez, R.M., *Las instituciones civiles de protección: patria potestad, tutela, curatela y guarda de hecho* en Martínez García, C., (varios autores) *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p.254.

por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.” Este precepto es reflejo de la inscripción de nuestro Derecho en la corriente comparatista de la patria potestad conjunta.²⁴ El consentimiento expreso o tácito parece poder ser para actuaciones determinadas o para el ejercicio general y continuado; por ejemplo, de modo previo o por vía de ratificación. Aun así, la doctrina se inclina por considerar que, dada la naturaleza de la función, no parece admisible el consentimiento previo y general e indefinido.²⁵ Finalmente, la actuación unilateral de uno de los progenitores se justifica bajo la concepción de que la regla de actuación conjunta resulta impracticable en muchos casos (por ejemplo, pensemos en una situación en la que el hijo necesita un corte de pelo y uno de los progenitores está trabajando), por lo que se requiere una mayor flexibilidad.²⁶

Sin embargo, la patria potestad conjunta se ha encontrado siempre con situaciones donde cabe el posible desacuerdo entre los cotitulares. Para tales eventualidades, prevé el art. 156.3 que “En caso de desacuerdo, 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. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, 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.” Podemos apreciar que, en caso de desacuerdos episódicos, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad continúan siendo conjuntos, pero el juez asume una postura arbitral, indicando qué progenitor ha de decidir en una cuestión concreta; en caso de acuerdos reiterados se le puede atribuir, en exclusiva, la patria potestad a uno de los progenitores, o determinados aspectos inherentes a la misma.²⁷

Sin embargo, la atribución de patria potestad en exclusiva a uno de los progenitores no se agota en el caso anterior, pues que existen dos casos más. Así, el artículo 156.5 ordena que “En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.” Estas situaciones no deben

²⁴ Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos del Derecho...* cit. 390.

²⁵ Ídem.

²⁶ Ibídem, cit.. 391.

²⁷ Lasarte, C., *Derecho de Familia...* cit. 347.

entenderse en el sentido de dificultades momentáneas o meramente pasajeras de uno de los progenitores, pero tampoco requieren “la declaración judicial propiamente dicha relativa a la ausencia o incapacitación técnicamente interpretadas.”²⁸El segundo caso se regula en el artículo 156.6: “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva.” La separación de los progenitores puede deberse tanto a el hecho de haber sido judicialmente declarada, como a cualquier otra circunstancia que determine una falta de convivencia efectiva de los progenitores (por ejemplo, vivir separados por no haber contraído nunca matrimonio, o una sencilla separación de hecho).²⁹

A estos efectos, resulta fundamental mencionar la nueva redacción que el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad pretende dar al artículo 156.5 CC: “En defecto, o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.” De su redacción parece desprenderse que tanto los casos de incapacidad como de imposibilidad pasan a constituirse como una consideración unitaria, rubricados bajo la denominación “imposibilidad”.

Resulta importante aclarar que el ejercicio conjunto por los padres de la patria potestad no requiere la existencia de matrimonio, pero sí una filiación legalmente determinada, ya sea matrimonial o no matrimonial.³⁰

El ejercicio conjunto de la patria potestad es, así mismo, idéntico en casos de matrimonio homosexual. En consecuencia, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, da una nueva redacción al art. 154.1: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores”, eliminando la anterior redacción que hacía referencia al padre y a la madre.³¹ Esta nueva redacción, sin embargo, desembocó en críticas por parte de un importante sector doctrinal, caracterizando esta ley de “entreguismo” al movimiento homosexual, pues la condición y existencia del padre y de la madre no puede suprimirse de manera generalizada al

²⁸ Lasarte, C., *Derecho de Familia...* cit. 347.

²⁹ Ídem.

³⁰ Díez-Picazo L. y Gullón A., *Sistema de Derecho...* cit. 272.

³¹ Lasarte, C., *Derecho de Familia...* cit. 345.

representar, sociológica y estadísticamente, el noventa y ocho por ciento de quienes ostentan capacidades de dirección sobre la familia.³²

Resulta importante mencionar, para finalizar, que la patria potestad no siempre va a ser ejercida por progenitores mayores de edad, pues puede darse el caso de que el titular de la misma sea un menor no emancipado. Esta posibilidad queda prevista en el artículo 157 CC, que ordena que “El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez.”

2.3.2 Protegidos por la patria potestad

Los hijos no emancipados se configuran como sujetos protegidos de la patria potestad, sobre los cuáles se ejerce la misma, en virtud del artículo 154.³³ Es importante recalcar aquí la situación de “hijo no emancipado”, pues el Código ha pasado, y se enfrenta actualmente, a reformas que afectan al sujeto protegido por la patria potestad y que es necesario analizar a continuación.

En la generalidad de los casos, alcanzar la mayoría de edad supone la extinción de la patria potestad (regulación que establecía el Código, sin paliativo alguno, antes de su reforma de 1981). Dicha situación generaba que, en casos de hijos judicialmente incapacitados, los padres, o bien pasaban a ser tutores, o perdían la titularidad de la patria potestad. Para poner solución a esta controversia, se introdujo en la regulación actual del CC la figura de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.³⁴

Ambas se regulan en el artículo 171 del CC que establece que “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad”. Vemos que se parte del presupuesto de la declaración judicial de incapacidad del hijo durante la minoría de edad. El precepto continúa con la explicación de la patria potestad rehabilitada: “Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad.” En este caso partimos de la mayoría de edad del sujeto protegido por la patria potestad.

³² Así opina Lasarte, C. en *Derecho de Familia...* cit. 345.

³³ De Couto Gálvez, R.M., *Las instituciones civiles...* cit. 254.

³⁴ Lasarte, C., *Derecho de Familia...* cit. 356.

Pese a que se trata, a priori, de dos supuestos distintos, el ordenamiento los trata como uno solo, como se desprende del final del precepto: “La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título.” Aun así, se deberían separar ambas modalidades, pues en la patria potestad rehabilitada no hay prórroga en sentido estricto, al haberse extinguido la patria potestad con anterioridad y constituirse de nuevo.³⁵

Toda esta regulación de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada contenida en el Código Civil parece, sin embargo, encontrar su final en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (que, además de afectar al Código Civil, afecta a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Hipotecaria y Ley del Registro Civil). Esta reforma encuentra su fundamento en la adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006.³⁶ Al no ser este el objeto de nuestro trabajo nos ceñiremos a mencionar, únicamente, aquellos cambios que afectan a la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

La patria potestad prorrogada y rehabilitada quedan eliminadas del ámbito de la discapacidad, al configurarse como “figuras excesivamente rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas con discapacidad que ahora se propone”³⁷, puesto que las concepciones más actuales sobre la autonomía de las personas con discapacidad cuestionan que los progenitores sean las personas idóneas para promover la máxima independencia posible de los hijos adultos con discapacidad y éstos se preparen para vivir sin aquéllos. A esto hay que añadir que la patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga gravosa una vez los progenitores son demasiado mayores.³⁸

Con esta nueva regulación, pues, queda suprimido el artículo 171, que regula actualmente la patria potestad prorrogada y rehabilitada, eliminando tales instituciones de nuestro ordenamiento.³⁹ Se puede apreciar constancia de ello en la nueva redacción que se da al proyectado artículo 250 del Código, que reza así: “Cuando se prevea razonablemente en

³⁵ De la misma opinión es Lasarte, C., en *Derecho de Familia...* cit 357.

³⁶ *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018). Documenta, pp. 247-310.

³⁷ *Ibidem*, cit. 250.

³⁸ *Ídem*.

³⁹ *Ibidem*, cit. 249.

el año anterior a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial, a petición de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal podrá acordar, si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad [...].”⁴⁰

El protegido de la patria potestad pasa a ser, así, el hijo menor no emancipado.

En contra de lo que tal Anteproyecto propone, consideramos que los progenitores se erigen como personas idóneas para el ejercicio de tal facultad que se pretende eliminar, pues las relaciones cercanas y afectivas para con sus hijos discapacitados se erigen como un motor fundamental de cara a la efectiva asistencia y cuidado de los mismos y, por tanto, de la priorización de su beneficio e interés.

2.4 Extinción y situaciones anómalas de la patria potestad

2.4.1 Extinción de la patria potestad

El artículo 169 CC regula los casos de extinción de la patria potestad. Así pues, este precepto dicta que “La patria potestad se acaba: 1.º Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo. 2.º Por la emancipación. 3.º Por la adopción del hijo.”

En relación con el artículo 169.2 CC, es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 314 CC, que dicta así: La emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad. 2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 3.º Por concesión judicial”. Recordemos que la mayoría de edad es el presupuesto general de extinción de la patria potestad. A nuestro juicio, su sumisión dentro de las causas de emancipación previstas en el artículo 314 y, por tanto, sin mantener una conexión directa con el artículo 169, puede llevar a desvirtuar el verdadero sentido de la extinción de la patria potestad, por obvio que parezca. Como ya hemos apuntado anteriormente, debido a que el Anteproyecto prevé la eliminación del artículo 171, sobre la patria potestad prorrogada y la patria

⁴⁰ Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3, cit. 271.

potestad rehabilitada, creemos que se debería incluir en una proyectada redacción del artículo 169 la mayoría de edad como causa de extinción de la patria potestad.

Finalmente, en caso del menor no emancipado adoptado, la patria potestad renacerá sobre los adoptantes.⁴¹

2.3.2 Privación de la patria potestad

El artículo 170 CC regula la privación de la patria potestad. Así, el artículo 170.1 ordena que “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.” Como podemos apreciar, la realidad de la cuestión es que, con independencia del proceso que de lugar a la correspondiente sentencia, la privación de la patria potestad solo puede ser decretada judicialmente.⁴²

La privación de la patria potestad ha de decidirse, en todo caso, atendiendo a los intereses del menor, y podrá afectar a uno sólo de los progenitores, o a ambos. Es por ello por lo que no bastará, únicamente, un incumplimiento grave de los deberes paternofiliales; además, resulta imprescindible que las circunstancias y el interés del menor así lo requieran. A modo de ejemplo, la jurisprudencia se ha decantado, en los últimos años, por sostener que no es causa de privación de la patria potestad la simple relación distante entre progenitores e hijos, o la actitud obstruccionista del otro progenitor. Por otra parte, los incumplimientos de los deberes han de ser graves, reiterados e imputables al progenitor, ya sean de índole personal o patrimonial; en este sentido, la jurisprudencia se ha decantado por considerar que el pagar temporalmente alimentos al menor no excluye la figura de privación de la patria potestad.⁴³

La privación de la patria potestad ha de ser puede ser total o parcial, solo para ámbitos determinados (esta privación parcial puede ejemplificarse con una imposibilidad de obtención del pasaporte del hijo), pudiendo el Juez concentrar las funciones inherentes a

⁴¹ Lasarte, C., *Derecho de Familia...* cit. 356.

⁴² Lasarte, C., *Derecho de Familia...* cit. 357.

⁴³ *Ibidem*, cit. 358.

su ejercicio, redistribuirlas o alternarlas, según se deduce de una lectura conjunta de los artículos 156, 158 y 167 CC.⁴⁴

El artículo continúa con un segundo precepto, indicando que “Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.” Atendiendo a este carácter recuperable de la patria potestad que podemos observar, unido a la dificultad de concreción, en algunos casos, de los deberes inherentes a ella, se ha comenzado a recurrir a la expresión “suspensión de la patria potestad”. De esta manera, se hace un mayor énfasis en el carácter temporal y pasajero de dicha medida. Algunos autores, además, opinan que el propio artículo 170 CC, al hablar de privación parcial, está otorgando carta de naturaleza a la suspensión temporal de la patria potestad. Resulta interesante destacar, en este punto, la redacción que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LPIA)⁴⁵, da al artículo 172.1.3ºCC; en él se recoge, directamente, la expresión “privación de la patria potestad”, en los casos de asunción de la tutela por ministerio de la Entidad Pública correspondiente en casos de desamparo de un menor.⁴⁶

Por último, hemos de añadir la previsión de privación de patria potestad que el Código establece para los casos de crisis matrimoniales (separación o divorcio) en su artículo 92.3: “En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.”

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29/07/2015.

⁴⁶ Lasarte, C., *Derecho de Familia...* cit. 358-359.

3. FACULTADES DE REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS PROGENITORES SOBRE LOS HIJOS

3.1 La representación legal en general

En Derecho toda persona humana tiene, por serlo, capacidad jurídica desde su nacimiento hasta su muerte, configurándose como sujeto de derechos y obligaciones. Sin embargo, no toda persona tiene capacidad de obrar; no puede dar eficacia jurídica a sus actos ni ejercitar sus derechos. Como regla general, la plena capacidad de obrar se obtiene al alcanzar la mayoría de edad (la cual se obtiene, en nuestro ordenamiento jurídico, al alcanzar los 18 años, según el art. 315 CC y 12 CE) y no haber sido incapacitado judicialmente. Por ello, el menor de edad no tiene capacidad de obrar y necesita de representación legal.⁴⁷

A estos efectos, debemos diferenciar entre dos figuras dentro de la minoría de edad: el menor no emancipado y el menor emancipado:

- 1) El menor no emancipado es la persona de edad inferior a 18 años que se encuentra sujeto bajo la patria potestad. Se trata de una persona con capacidad de obrar limitada, evolutiva y bajo fines tuitivos. Se considera que, en ciertas edades de este largo proceso de la minoría de edad, el menor no emancipado adquiere cierta capacidad natural (aptitud de entender y querer las consecuencias de sus actos), por lo que el ordenamiento le habilita para realizar, eficazmente, determinados actos, con algunas limitaciones. Sin embargo, ésta nunca se presume por debajo de los 12 años.⁴⁸
- 2) El menor emancipado es aquella persona que no ha cumplido 18 años y se ha emancipado formalmente, mediante un acto realizado ante el Juez, de la patria potestad.⁴⁹El art. 323 CC la equipara a la mayoría de edad, si bien con ciertas restricciones. Así, el menor emancipado no podrá “tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales

⁴⁷ Junquera De Estéfani, R., “Minoría de edad, paternalismo y capacidad de decisión: ¿hacia una mayoría de edad sanitaria?” en Veiga Copo, A., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 477.

⁴⁸ *Ibidem*, cit. p. 479.

⁴⁹ *Ídem*.

u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.”

Una vez vista la distinción entre menor no emancipado y menor emancipado, el art. 162 CC ordena, en su primer apartado, que “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.” El poder de representación de los padres que ostentan la patria potestad viene determinado por ley y comprenden todas las facultades que conciernen a los derechos, deberes y bienes de los hijos, salvo aquellos que se encuentran expresamente exceptuados.⁵⁰

Efectivamente, el art. 162 CC exceptúa de la representación legal de los padres que ostentan la patria potestad de los hijos menores no emancipados los siguientes actos:

“1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.” En cuanto a la redacción de este precepto, algunos autores apuntan aquí que, en los derechos de la personalidad, no cabe en realidad la representación. Siempre que el progenitor tomase una decisión respecto a ellos, porque el menor no pudiese actuar, lo haría en cumplimiento del deber de velar por él.

“2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.” El eventual conflicto de intereses entre los progenitores y el menor del que habla este precepto es objeto de desarrollo por el artículo 163 CC, el cual dispone que “Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.”

“3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el

⁵⁰ Díez-Picazo L. y Gullón A., *Sistema de Derecho Civil...* cit. 278.

previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.”

De la redacción conjunta del art. 162 CC debe entenderse que, salvo que exista restricción legal al respecto, los progenitores representarán a sus hijos menores no emancipados en cualesquiera actos en los que éstos hayan de participar, pues, debido a su falta de capacidad, han de hacerlo mediante la intervención de sus padres, quienes actúan por cuenta y en nombre de sus representados.⁵¹

Además, merece especial atención este artículo 162 por otra razón. Y es que hay leyes específicas que promueven y amplían la capacidad del menor para actuar por sí solo. Ejemplo de ello es la ley 41/2002, de autonomía del paciente (LAP), a la cual nos referiremos posteriormente en el apartado de representación de los padres en el ámbito sanitario. Además, la jurisprudencia sigue, actualmente, una línea de otorgamiento de mayor importancia a la madurez de los menores, admitiendo ciertas actuaciones perfectamente asumidas por ellos, como ya hemos apuntado, anteriormente, al hablar sobre el menor no emancipado y su capacidad natural.⁵² En este sentido se manifiesta el artículo 1263.1 CC, en materia de capacidad contractual, modificado por el artículo 2.29 de la LPIA, al rezar que “No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.”

3.2 Ejercicio de la representación en el ámbito sanitario

La toma de las decisiones médicas sobre la salud de los menores ha merecido, desde siempre, y teniendo en consideración las características propias del paciente menor, una especial atención por parte del Derecho. Ello se debe a que, en la mayoría de los casos legalmente previstos, se da una sustitución de la voluntad del menor por la de su

⁵¹ Lasarte, C. en *Derecho de Familia...* cit. 352.

⁵² Ídem.

representante legal; en este caso, aquel o aquellos que ostentan la titularidad de la patria potestad.⁵³

En el sistema sanitario actual se ha producido un cambio fundamental en torno a quién ha de tomar las decisiones que afecten a un paciente menor. Anteriormente primaba el principio de beneficencia, según el cual el médico tomaba la decisión en beneficio del paciente y éste prestaba su consentimiento.⁵⁴ Así, la deontología médica partía de una visión paternalista de la práctica médica. Desde el punto de vista legal, la figura del titular de la patria potestad estaba bien definida, por lo que este tipo de supuestos eran sencillos y planteaban pocos problemas de orden práctico.⁵⁵ Actualmente el sistema ha cambiado por completo. Los pacientes tienen derecho a la información clínica y al *consentimiento informado*, el cual debe cumplirse y, este cumplimiento, acreditado.⁵⁶ El consentimiento informado lo podríamos definir como “una manifestación concreta de la autonomía del sujeto, consistente en dar o negar la autorización personal para que se realice alguna actividad o actuación que le afecta directamente.”⁵⁷

La raíz de este cambio de paradigma reside tanto en cambios de tipología social como en el ámbito médico-sanitario y familiar. Por un lado, y desde la perspectiva médica, el modelo que antes imperaba entró en crisis, principalmente debido a los cambios en la estructura de los servicios sanitarios, a los avances imprevisibles y rápidos que incrementan las opciones y dificultan, por tanto, las decisiones, y al aumento de exigencia de derechos por parte de los pacientes. Por otro lado, y desde la perspectiva familiar, este cambio se debe a la aparición de nuevos tipos familiares que coexisten con el tradicional modelo de familia, donde nuevas figuras familiares (por ejemplo, padres o madres homosexuales, *step parents*) asumen funciones relevantes en el día a día.⁵⁸

Así, se ha pasado de un sistema, como apuntábamos, paternalista, en el cual el médico protagonizaba la toma de decisiones, a un sistema donde impera la necesidad de ofrecer al paciente la información necesaria y adecuada para que decida y autorice la acción

⁵³ Duplá Marín, T. y Bardají Gálvez, M.D., “Decisiones y consentimientos respecto de la salud del menor” en Veiga Copo, A., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 457.

⁵⁴ Corripio Gil Delgado, R., *Filiación y responsabilidad parental...* cit. 228.

⁵⁵ Duplá Marín, T. y Bardají Gálvez, M.D., *Decisiones y consentimientos...* cit. 458.

⁵⁶ Corripio Gil Delgado, R., *Filiación y responsabilidad parental...* cit. 228.

⁵⁷ Así lo define Junquera De Estéfani, R., en *Minoría de edad, paternalismo...* cit. p. 477.

⁵⁸ Duplá Marín, T. y Bardají Gálvez, M.D., *Decisiones y consentimientos...* cit. 459.

médico-sanitaria.⁵⁹ En resumen, se pasa del principio de beneficencia al principio de autonomía del paciente.⁶⁰

Antes de proceder a abordar este nuevo paradigma hemos de recordar, en todo momento, que partimos de los Derechos Fundamentales del reconocimiento a la dignidad de la persona, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y el derecho a la salud, como consagran los artículos 10, 15 y 43.1, respectivamente, de nuestro texto constitucional.⁶¹

El principio de autonomía del paciente se materializa, como veníamos apuntando, en el otorgamiento del consentimiento, o bien por el paciente menor, o por los titulares de la patria potestad, en cuyo caso se denomina consentimiento por representación. Este consentimiento sobre los tratamientos de los menores correspondía, hasta hace poco tiempo, a los padres en el ejercicio de la facultad de representación de los hijos que les confiere la patria potestad.⁶² Sin embargo, la entrada en vigor el 16 de mayo de 2003 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) introduce importantes cambios, que facultan al menor para tomar decisiones en determinados supuestos.

Antes de proceder a explicar los supuestos de consentimiento prestados por los padres en ejercicio de la facultad de representación legal que les confiere la patria potestad, y, posteriormente, los casos de consentimiento prestados por el menor, es importante indicar los límites que la LAP, en su art. 9.2, impone a la otorgación del consentimiento del paciente (ya sea, en este caso, o bien del menor, o bien de los padres): Los facultativos podrán realizar intervenciones clínicas indispensables en beneficio de la salud del paciente, y sin contar con su consentimiento, cuando: “a) existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. [...] b) existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir

⁵⁹ *Ibidem*, cit. 458.

⁶⁰ De Lama Ayma, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2-4.

⁶¹ Duplá Marín, T. y Bardají Gálvez, M.D., *Decisiones y consentimientos...* cit. 461.

⁶² Corripio Gil Delgado, R., *Filiación y responsabilidad parental...* cit. 228.

su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.”⁶³

Así, el art. 9.3 LAP establece los supuestos en los que el consentimiento se presta por representación legal: “[...] 9.3 c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.”⁶⁴ Esta disposición añade que la opinión del menor debe ser oída antes de la otorgación del consentimiento por el representante legal del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.⁶⁵ A sí mismo, el art. 9.4 LAP establece que, en el caso de tratarse de menores emancipados o mayores de 16 años que no tengan la capacidad modificada judicialmente o no se encuentren en el caso anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación, y serán, pues, los hijos los que prestarán consentimiento. No obstante lo anterior, si se trata de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento será prestado por el representante legal del menor, tras ser este oído y dado su opinión.⁶⁶

Así pues, y sistematizando lo que acabamos de exponer, los padres deberán prestar su consentimiento, mediante representación legal, en aras de la facultad que les atribuye la patria potestad, para intervenciones sobre sus hijos en el ámbito sanitario:

- Desde el estado fetal hasta los 11 años. Durante este período se entiende que los hijos no tienen capacidad natural para decidir, si bien deben ser informados de una manera comprensible acorde a su edad.⁶⁷
- Desde los 12 a los 15 años. En este período, seguirán siendo los progenitores los que deban tomar decisiones en el ámbito sanitario, tras haber sido oídos los menores y expresado su opinión. ⁶⁸No obstante, oír al menor no significa decidir conforme a su voluntad: el consentimiento puede otorgarse válidamente contra la

⁶³ Art. 9.2, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.

⁶⁴ Art. 9.3, Ley 41/2002.

⁶⁵ Art. 9, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.

⁶⁶ Art. 9.4, Ley 41/2002.

⁶⁷ Corripio Gil Delgado, R., *Filiación y responsabilidad parental...* cit. 228.

⁶⁸ Corripio Gil Delgado, R., *Filiación y responsabilidad parental...* cit. 228.

opinión del menor. Los progenitores deben decidir guiados por el interés superior de éste y atendiendo a su dignidad personal.⁶⁹ No esta exenta de polémica esta franja de edad al debatirse si, entre los 12 y los 15 años, los menores son capaces o no de comprender, intelectual y emocionalmente, el alcance de la intervención.⁷⁰

En este sentido, la dicción literal del artículo 9 LAP, partiendo de una interpretación gramatical, puede llevarnos a comprender que si el menor tiene suficiente capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención, sería éste quien prestase el consentimiento. Todo ello interconectado con el artículo 162.1 CC que indica, como ya hemos apuntado anteriormente, que el menor de edad con condiciones de madurez suficientes podrá realizar, por sí mismo, los actos relativos a sus derechos de la persona.⁷¹ A este respecto, la mayoría de la doctrina se decanta por afirmar que será el facultativo quien, en estos casos, valore y enjuicie la madurez intelectual del menor tras haberle suministrado el conocimiento necesario.⁷²

- Cuando el menor esté en situación de grave riesgo, aunque sea mayor de 16 años o emancipado, tras ser oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.⁷³

En estos casos, el art. 9.6 LAP indica la necesidad de que la decisión tomada por el representante legal ha de hacerse, siempre, en busca del mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Si esta decisión fuere en contra de semejante interés, ésta deberá ser puesta en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o mediante el Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente. Cuando por razones de urgencia no fuere posible recabar la autorización judicial, los facultativos adoptarán las medidas que consideren necesarias para salvaguardar la vida o salud del

⁶⁹ Lázaro González, I.E. y Molinero Moreno, E., “Confidencialidad de los datos sanitarios del menor versus obligación de los padres de proteger a los hijos” en Veiga Copo, A., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 500.

⁷⁰ Corripio Gil Delgado, R., *Filiación y responsabilidad parental...* cit. 228.

⁷¹ Duplá Marín, T. y Bardají Gálvez, M.D., *Decisiones y consentimientos...* cit. 465.

⁷² Así lo han manifestado autores como Romeo Malanda, S., “Un nuevo marco jurídico sanitario” *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº1, 2003, pp. 1522-1539; Lizarraga Bonelli, E., *La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Autonomía del paciente, información e historia clínica: (estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Thomson-Paraninfo, Madrid, 2004, pp. 225-296, o Vázquez Pastor-Jiménez, L., “La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular, la anorexia nerviosa”, *Revista de Derecho Privado*, Nº 91, 2007, pp. 36-37.

⁷³ Corripio Gil Delgado, R., *Filiación y responsabilidad parental...* cit. 228.

paciente, al amparo de las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.⁷⁴

En el caso de consentimiento prestado por los menores, éstos podrán otorgarlo:

- Siempre y cuando comprendan el alcance de la intervención médica que les afecta y, en todo caso, cuando sean mayores de 16 años o emancipados y no exista un grave riesgo para su salud o para su vida.⁷⁵ Sin embargo, pese a esta libertad de otorgamiento del consentimiento por el menor, todavía está presente el marco protector de la minoría de edad que establece el art. 162.1 CC cuando no hay representación legal: “Los responsables parentales intervendrán [...] en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.” Así pues, cuando haya necesidad de cuidado y vela del hijo, los padres deberán ser informados, y podrán oponerse.⁷⁶

Tenemos, también, un último caso de prestación del consentimiento que podríamos calificar como híbrido; Se trata de supuestos cuyo consentimiento corresponde a los hijos, pero que requieran de consentimiento expreso por parte de los padres. Aquí se subsumen cuatro supuestos distintos, en los que la decisión sobre la intervención sanitaria corresponde al menor, si bien se necesita el consentimiento expreso de los progenitores:⁷⁷

- 1) Intervenciones corporales en materia de estética (tatuajes, perforación cutánea, micropigmentación, etc). En este caso no existe una regulación estatal al respecto. El ordenamiento autonómico sobre salud e higiene establece que sólo se permitirán dichas intervenciones con consentimiento firmado de los representantes legales del menor, y siempre con respeto a su dignidad.⁷⁸
- 2) Intervenciones médicas en materia de interrupción del embarazo.⁷⁹ Resulta fundamental, en este punto, mencionar la reforma que la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con

⁷⁴ Art. 9.6, Ley 41/2002.

⁷⁵ Corripio Gil Delgado, R., *Filiación y responsabilidad parental...* cit. 228.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Ídem.

capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, realiza sobre el artículo 9.5 LAP⁸⁰. Los requisitos de la manifestación de voluntad del menor y el consentimiento expreso de sus representantes legales quedan establecidos en el mismo, con remisión al CC en cuanto a los conflictos derivados de la prestación del consentimiento por éstos. A estos efectos, el nuevo artículo 9.5 LAP reza: “La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.”⁸¹ Así, si los progenitores no otorgan el consentimiento, se nombrará un defensor judicial que asista a las hijas, sobre la base de que la salud psicológica de la menor de edad queda más resentida cuando aborta que cuando opta por continuar con el embarazo.⁸²

- 3) Intervenciones relacionadas con la identidad sexual, donde el menor transexual desea cambiar su sexo. Las últimas tendencias indican que se le está permitiendo a los padres comenzar tratamientos que eviten la pubertad y que fabriquen las hormonas sexuales del sexo que el hijo desea.⁸³ En un sentido similar, el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, establece que únicamente las personas de nacionalidad española, mayores de edad y con capacidad suficiente para ello podrán solicitar una rectificación de la mención registral del sexo.⁸⁴ Ante esta regulación se ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad, pendiente aún de

⁸⁰ Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. «BOE» núm. 227, de 22/09/2015.

⁸¹ Art. 9.5, Ley 41/2002.

⁸² Corripio Gil Delgado, R., *Filiación y responsabilidad parental...* cit. 228.

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Art. 1 Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. «BOE» núm. 65, de 16/03/2007.

resolución, planteada por el Tribunal Supremo, para que los menores puedan cambiar su nombre en el Registro Civil y sea acorde a su sexo.⁸⁵

Podemos concluir, de todo lo analizado, que, si bien el menor de edad es titular del derecho fundamental a la salud, el ejercicio del derecho por el propio menor sólo es posible cuando alcanza la madurez y, aun entonces, puede verse limitado. Hasta entonces, el derecho fundamental del menor a la protección de la salud ha de ser ejercitado en interés de este por sus progenitores, en aras de la facultad de representación y protección que les atribuye la patria potestad.

3.3. El Real Decreto-Ley 9/2018 y su influencia sobre la patria potestad en casos de violencia de género

Como un supuesto particular y específico de representación del menor por uno de los progenitores en el ámbito de asistencia psicológica y, por ende, directamente relacionado con el ámbito sanitario, resulta de especial relevancia estudiar la modificación que el Real Decreto-Ley 9/2018 introduce en el artículo 156 CC.

El Consejo de Ministros presidido por Pedro Sánchez aprobó, el pasado 3 de agosto, el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, que modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y el Código Civil.⁸⁶

Este Real Decreto-ley plantea, con carácter general, la necesidad de adoptar las modificaciones legales oportunas para que la Administración Local asuma competencias contra la violencia de género, fortalecer la tutela judicial, el acceso a la justicia y a los recursos de asistencia de las víctimas, así como ampliar los mecanismos de acreditación de las situaciones de violencia de género.⁸⁷

⁸⁵ Corripio Gil Delgado, R., *Filiación y responsabilidad parental...* cit. 228.

⁸⁶ Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. «BOE» núm. 188, de 4/08/2018.

⁸⁷ El Derecho: El Congreso convalida el Real Decreto-ley de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. (Disponible en [https://elderecho.com/congreso-convalida-real-decreto-ley-medidas-urgentes-desarrollo-del-pacto-estado-la-violencia-genero](https://elderecho.com/congreso-convalida-real-decreto-ley-medidas-urgentes-desarrollo-del-pacto-estado-la-violencia-genero;).; última consulta 23/03/2019).

A estos efectos, lo que verdaderamente nos incumbe aquí, y en aras de centrarnos en la problemática del presente trabajo, es la modificación relativa a la patria potestad que el Real Decreto-ley introduce en el artículo 156CC.

Así, se añade el siguiente párrafo: “Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.”

Como podemos deducir del análisis literal del nuevo artículo, la atención y asistencia psicológica de los menores expuestos a situaciones de violencia de género queda desvinculada del catálogo de actos contenidos en el ejercicio de la patria potestad conjunta. De esta manera, se faculta a un único progenitor a tomar la decisión en este ámbito, cuando el otro progenitor esté incurso en un proceso penal atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad de ambos o contra aquél.

Resulta interesante destacar, brevemente, que la promulgación de esta disposición normativa no ha quedado exenta de críticas, al ser considerada como inconstitucional, debido a la utilización abusiva e indiscriminada de la figura del Real Decreto-Ley por el Ejecutivo de Sánchez para legislar, al margen de su verdadero fundamento. Recordemos que, según recoge el artículo 86 CE, el Real Decreto-Ley queda reservado para casos de “Extraordinaria y urgente necesidad” y no podrá afectar, entre otros, “a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”.

Así pues, las críticas residen en considerar que la modificación del artículo 156 no cumple ninguno de los dos requisitos: ni se trata de un caso de extraordinaria y urgente necesidad, ni es una materia susceptible de regularse por real decreto-ley. Resulta evidente que la patria potestad queda embebida en los artículos 32 y 39 CE, al tratar éstos temas relativos a la protección y asistencia de los hijos. Por tanto, el Real Decreto-ley debería ser

calificado como inconstitucional por razón de materia.⁸⁸ Por su parte, el Ejecutivo justifica la utilización de este mecanismo normativo mediante la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, argumentando que “se hace urgente adoptar algunas medidas necesarias para avanzar en la erradicación de la violencia de género” Así como que “La entidad de los derechos a proteger, que exigen una respuesta inmediata y contundente, que proteja la vida y la integridad física, psicológica y moral de las víctimas de esta violación de derechos fundamentales, no sólo justifican la necesidad y urgencia de la medida, sino que son una exigencia de todo Estado de Derecho.”⁸⁹ Debido a que el objeto de nuestro trabajo no versa sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del presente Real Decreto-ley, no podemos detenernos más en este tema, pues sólo pretendíamos dejar mera constancia de la actual tensión que ha generado.

⁸⁸ De esta opinión son numerosos juristas y abogados, como Mateobueno, F., “Reflexiones sobre el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto”, (Disponible en <https://www.mateobuenoabogado.com/blog/real-decreto-ley-9-2018/>; última consulta 24/03/2019) o Del Carpio, V., “Inconstitucionalidad parcial del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género”, Disponible en <https://elotroblogdeveronicadelcarpio.com/2018/08/08/inconstitucionalidad-parcial-del-real-decreto-ley-9-2018-de-3-de-agosto-de-medidas-urgentes-para-el-desarrollo-del-pacto-de-estado-contra-la-violencia-de-genero/>; última consulta 24/09/2019).

⁸⁹ Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2018.

4. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES

De cara a analizar las nuevas orientaciones de la patria potestad en el ejercicio de la misma en situaciones de crisis matrimoniales (separación o divorcio), hemos de recordar que ésta se ejerce, como regla general según el artículo 156.1 CC, “conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro.”

Sin embargo, las crisis matrimoniales, materializadas en la separación o divorcio de los progenitores, tiene como consecuencia directa la necesaria reordenación de la patria potestad ante tales situaciones; ello es debido al cese de la convivencia conyugal.

Parte la doctrina, ante tal cuestión, se inclina por la necesidad de dividir tal ejercicio. Prueba de ello es que la convivencia con los hijos no va a poder seguir manteniéndose en los mismos términos en los que se venía haciendo y, por tanto, no queda más remedio que distribuir en el tiempo qué progenitor va a asumir las tareas que presuponen, por su propia naturaleza, aquella convivencia.⁹⁰

El artículo 156.6 CC nos ofrece una primera solución al respecto: “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 conformidad con este artículo, se puede sostener el ejercicio conjunto de la patria potestad; los progenitores pueden mantener la cotitularidad y coejercicio conjunto de la patria potestad, pese a la ruptura del vínculo conyugal.

La regulación de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales no se agota en el artículo 156.6 CC; es objeto de una regulación mucho más extensa en el Código. La patria potestad presenta una serie de dificultades en relación al ejercicio de la misma, cuya solución ofrece, en primer lugar, el artículo 90 CC, así como el artículo 92 CC; el artículo 90.1.a CC dispone que los progenitores deben fijar, de mutuo acuerdo (mediante un convenio regulador, o una propuesta común de acuerdo en caso de parejas no

⁹⁰ En este punto seguimos a Serrano Molina, A., “Los menores en situaciones de crisis familiares”, en Martínez García, C., (varios autores) *Tratado del Menor...* cit. 290.

casadas)⁹¹, todo lo relacionado con “el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.” Respectivamente, el artículo 92.4 ordena 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 unos de los cónyuges.”

Consecuentemente, de la dicción literal de los artículos 156.6, 90.1a y 92.4 CC, podemos concluir que son los propios progenitores, mediante el convenio regulador, o bien mediante solicitud fundada del progenitor no custodio ante el juez, quienes podrán acordar la modalidad de ejercicio de la patria potestad más conveniente en situaciones de crisis matrimonial, a saber:

- Mantenimiento conjunto del ejercicio de la patria potestad.
- Ejercicio total de la patria potestad por uno de los progenitores.
- Ejercicio parcial de la patria potestad por uno de los progenitores.
- Distribución de las funciones inherentes a la patria potestad entre ambos progenitores.

No obstante, y como hemos podido observar, en el caso de que no exista acuerdo entre los progenitores en relación con el ejercicio de la patria potestad, será el juez quien solucione el conflicto, delegando el cumplimiento del ejercicio de las funciones de la patria potestad, o bien en uno, o bien en ambos progenitores.

4.1 La patria potestad en relación con la guarda y custodia

Antes de adentrarnos en los nuevos caminos que la jurisprudencia está otorgando al ejercicio de la patria potestad en casos de separación o divorcio, es importante fijarnos de nuevo en el ya analizado artículo 90.1a CC: El convenio regulador [...] deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, **en su caso**, el régimen de

⁹¹ Serrano Molina, A., “Los menores en situaciones... cit. 290

comunicación y estancia de los hijos **con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.**”

Como ya hemos apuntado, las crisis matrimoniales se materializan en rupturas de la convivencia conyugal. Es en este momento donde entra en juego la figura jurídica denominada guarda y custodia como mecanismo resolutorio a los problemas de convivencia originados por las crisis matrimoniales. Resulta fundamental, antes de continuar, distinguir las diferencias entre patria potestad y guarda y custodia:

La guarda y custodia son calificadas por la doctrina como fragmentarias, al no contener una regulación específica de su concepto en el Código Civil; el legislador no ha realizado una concreción de cuáles de las facultades integrantes de la patria potestad están comprendidas en el cuidado y educación o en la guarda y custodia y cuáles permanecen en la patria potestad. Tradicionalmente, viene siendo considerado que “el contenido residual se identifica con lo que es permanente, importante y trascendente, fundamentalmente en materia de nacionalidad, vecindad y domicilio, capacidad de obrar, formación, educación y sanitaria de cierta envergadura. La custodia queda fundamentalmente ligada a la convivencia y, en consecuencia, a las decisiones diarias sobre la salud, la educación y la disciplina y el orden común y diario de vida. En consecuencia, quedarían fuera de la guarda y el cuidado las decisiones o el complemento de capacidad del menor en materias como la nacionalidad, la vecindad y el domicilio, y, en general, su capacidad de obrar. En cuanto a la salud, la formación y la educación habría que distinguir entre aquellas determinaciones cotidianas, de menor importancia y trascendencia, de las que impliquen mayores consecuencias o riesgos. Aquéllas quedarían en la guarda y custodia y estas últimas entrarían en la patria potestad”.⁹²

Por tanto, deducimos ambas figuras no se identifican completamente con la patria potestad. Prueba de ello nos la ofrece el artículo 103.1 CC, relativo a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación o divorcio, que reza que “[...] el Juez adoptará [...] las medidas siguientes: Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos [...] y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el

⁹² Zarraluqui Sánchez-Eznarriega, L., “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, en *Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 39-40.

deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.”

Procede ahora detenernos en las consideraciones y soluciones con las que cuenta nuestro ordenamiento para resolver el régimen jurídico de la guarda y custodia, al estar directamente relacionadas con la patria potestad:

Las vías que pueden seguirse son varias: conceder la guarda y custodia de manera exclusiva a uno de los progenitores; atribuírsela a ambos, esto es, la custodia compartida (también denominada custodia periódicamente alternativa o en régimen de alternancia) o, incluso, atribuírsela a otros parientes e instituciones al amparo del artículo 158 CC. Pese a que, como ya hemos apuntado, se tratan de mecanismos distintos a la patria potestad, su regulación se encuentra, de una parte, en sede de aquélla (fundamentalmente en los artículos 156 y 159 CC) y, de otra, en los artículos que acerca de la misma institución, dedica el Código Civil a las crisis matrimoniales (básicamente, el artículo 92 CC).⁹³ Esta doble normativa crea amplios problemas a la hora de interpretar el contenido del régimen jurídico aplicable, sobre todo, debido a que existiendo aspectos no coincidentes entre una y otra ordenación, tal duplicidad supone, en ciertos casos, un desigual trato de los hijos matrimoniales con respecto a los no matrimoniales, y viceversa. Por tanto, resulta necesaria una reforma del Código Civil que dispusiera de una regulación unitaria de la patria potestad.⁹⁴

En definitiva, podemos encontrarnos tanto con guarda y custodia exclusiva como compartida. Al amparo, ciertamente, de lo que la literalidad de la expresión “guarda y custodia compartida” determina, está ampliamente extendida la concepción de que aquélla implica el reparto por la mitad (50%) de los períodos de convivencia del hijo con cada uno de sus padres. Y cuando ello no es posible, a uno de los progenitores se le concede la guarda y custodia exclusiva, mientras que al otro se le otorga un -más o menos- amplio derecho de visitas. Sin embargo, dicha concepción es errónea; la práctica judicial ha determinado que existen sentencias con un reparto del “50-50” calificadas tanto como guarda y custodia compartida, como guarda y custodia exclusiva para uno de los

⁹³ Serrano Molina, A., “Los menores en situaciones”... cit. 294

⁹⁴ Ídem.

progenitores, con un derecho de visita ampliado para el otro progenitor. Podemos concluir, pues, que no hay un concepto único.⁹⁵

El Código Civil establece una aplicación preferente de la atribución de la guarda y custodia exclusiva, dejando la guarda y custodia compartida como un mecanismo de aplicación, únicamente, bajo petición fundada, ante el juez, de los progenitores. Así lo declara el artículo 92.5 CC: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.”

Asimismo, y de manera excepcional, se podrá conceder la guarda y custodia compartida cuando la solicite únicamente uno de los progenitores. Ello se deduce de la dicción literal del artículo 92.8 CC: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes [...] podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”

Esta atribución “excepcional” que nuestro Código otorga a la guarda y custodia compartida se materializa en la imposibilidad de su otorgación sin petición expresa de los cónyuges. Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2016: «pues de no existir ésta por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, sobre el que decidir con fundamento en el interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia.»⁹⁶

Sin embargo, pese a este carácter excepcional de la guarda y custodia compartida, la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal ha optado por promover y fomentar su determinación frente a la guarda y custodia exclusiva. Así lo afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013: «la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis,

⁹⁵ Serrano Molina, A., *Apuntes de Derecho de Familia*, p. 44.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de junio de 2016, RJ 1698/2015.

siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.»⁹⁷ Ello no nos debe llevar a la equivocidad de que se asiente una presunción *iuris tantum* de atribución de la custodia compartida; así lo determina la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2014: «Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio [...] que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos [...]»⁹⁸ Recordemos, además, que el Código en su artículo 92 y la sentencia del Tribunal Supremo 1698/2015 mantienen que únicamente se podrá conceder si así se solicita en el proceso judicial.

Por último, hemos de añadir que no cabe la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores esté incurso en un procedimiento penal “iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.” Así se desprende del artículo 92.7 CC.

Una vez clarificada la relación entre patria potestad y guarda y custodia, procedemos a adentrarnos en el tratamiento que, en la actualidad, está dando la jurisprudencia al ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales.

4.2 Mantenimiento conjunto del ejercicio de la patria potestad

Una de las alternativas que contemplábamos anteriormente era el mantenimiento conjunto del ejercicio de la patria potestad. De la dicción literal del artículo 156.6 CC parece que el legislador se inclina, en un primer término, por un ejercicio preferente de la patria potestad por aquel progenitor custodio, dejando la patria potestad conjunta como un mecanismo únicamente operable a petición del progenitor no custodio. Sin embargo, la posibilidad de su aplicación mediante el convenio regulador, plasmada en el artículo 90 CC, desvirtúa tal concepción.

La más reciente jurisprudencia menor es proclive a mantener el ejercicio conjunto de la patria potestad en beneficio del menor cuando ambos progenitores se encuentran en

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2013, RJ 257/2013.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de octubre de 2014, RJ 515/2015.

igualdad de condiciones y son aptos para ejercer la patria potestad, a fin de que ambos puedan participar en la formación del menor; y todo ello, en consonancia con el principio de igualdad que ha de regir entre ambos progenitores.⁹⁹ En esta línea, se expresa la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de 14 de mayo de 2014, al destacar que «la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.»¹⁰⁰

En la misma línea se manifiestan recientes sentencias del Tribunal Supremo. A modo de ejemplo, nuestro más Alto Tribunal, en su sentencia de 19 de julio de 2013, declara que procede tanto la patria potestad conjunta como la guarda y custodia compartida cuando los progenitores cumplan con sus deberes paterno-filiales, así como cuando exista un respeto mutuo entre ambos y se revele un interés superior del menor alcanzado con esta medida, materializado, entre otros, en un vínculo afectivo y normalizado hacia ambos progenitores, sin que se adviertan obstáculos al ejercicio conjunto de la responsabilidad parental. A estos efectos, se busca «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, para aproximarle al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos.»¹⁰¹

En este sentido, ya se viene manteniendo desde hace tiempo la aplicación de la patria potestad conjunta bajo el pretexto de la priorización del interés del menor, por encima de cualquier otra consideración. Es más, en ocasiones se ha optado por atribuir la patria potestad conjunta pese a la solicitud unilateral del ejercicio de la misma por parte de ambos progenitores; ello incluso teniendo en consideración la dificultad del ejercicio compartido de la patria potestad, habida cuenta de la nula predisposición de los progenitores. En este sentido se manifestó, hace ya tiempo, la Audiencia Provincial de

⁹⁹ Fernández-Luna Abellán, E., *Custodia compartida y protección jurídica del menor*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017, p. 29.

¹⁰⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de mayo de 2014, RJ 119/2014.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 19 de julio de 2013, RJ 495/2013.

Madrid, en su sentencia de 8 de julio de 2005. En dicha sentencia, se determinó la custodia a favor de la madre y un régimen de comunicaciones amplio a favor del padre, manteniendo la patria potestad conjunta en todas las demás funciones; ambos progenitores debían actuar de manera conjunta en todo lo relacionado con el ámbito sanitario, educativo y desarrollo integral de sus hijos. La aplicación del ejercicio conjunto de la patria potestad prioriza, como veníamos apuntando, la satisfacción del interés del menor.¹⁰²

No hemos de olvidar, como hemos comentado, que el ejercicio conjunto de la patria potestad que tiene, como fin último, salvaguardar el interés del menor, está supeditado a la predisposición y la intención que pongan de su parte los progenitores en conservar la misma, así como a la existencia de una buena relación entre ambos progenitores¹⁰³. Prueba de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018. En esta resolución se expresa la inviabilidad del sistema de ejercicio conjunto de la patria potestad debido a la falta de comunicación y entendimiento reiterados y prolongados en el tiempo de los progenitores, así como la ausencia de consecuencias beneficiosas para el hijo con el mantenimiento de tal sistema.¹⁰⁴

Continuando con el análisis, el interés del menor ha sido objeto de extrema salvaguarda por la más reciente jurisprudencia. Se ha llegado, incluso, a admitir el quebrantamiento de decisiones consideradas extraordinarias y sobre las cuales han de decidir ambos progenitores, reservadas éstas, por tanto, al ejercicio conjunto de la patria potestad. Así se deduce de la sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 5 de diciembre de 2018, en relación con el ámbito educativo y residencial del menor. En dicha sentencia se analiza el caso de un progenitor custodio que cambia de residencia y, en consecuencia, cambia de centro escolar al menor sin el consentimiento del progenitor no custodio, ostentando ambos la patria potestad conjunta. Cabe mencionar que el cambio de residencia no era de extraordinarias magnitudes, al mudarse el progenitor custodio de Pamplona a Logroño.

¹⁰² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de julio de 2005, RJ 530/2005.

¹⁰³ En este sentido se expresa Guilarte Martín-Calero, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, en Guilarte Gutiérrez, V. (varios autores), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 142.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 de junio de 2018, RJ 403/2018.

Antes de continuar, las pautas que al respecto marca el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de octubre de 2012, y en casos de patria potestad conjunta, establecen que «habitualmente el cambio de domicilio de los menores no solo afecta a su lugar de residencia, sino también a su centro de educación [...] La mera atribución de la custodia monoparental no comprende todo el ámbito de la patria potestad, sino solo las cuestiones ordinarias, del día a día, no las de mayor trascendencia, como es el lugar de residencia, al menos cuando su cambio puede tener efectos tan amplios como se ha dicho, de cambio de colegio del menor [...] Por tanto, indiscutiblemente la decisión sobre el cambio de residencia debe ser conjunta si el ejercicio de la patria potestad es conjunto.¹⁰⁵» Dicha sentencia del Alto Tribunal incide también en la grave afectación del interés del menor generada por una decisión unilateral como es el cambio de residencia y del centro escolar sin la existencia de conversaciones previas con el otro progenitor y sin que se prueben las circunstancias que motivan tal cambio.

Volviendo a la sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 5 de diciembre de 2018, y pese a la contravención del progenitor custodio de lo dispuesto, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en el convenio regulador sobre la patria potestad conjunta, se mantiene la decisión del cambio residencial y escolar sobre la base del interés del menor. En este sentido, se argumenta que un nuevo cambio residencial y escolar, tras el reciente cambio sufrido, no constituye, en absoluto, un beneficio para el menor¹⁰⁶. Así pues, observamos la tendencia que veníamos comentando de una protección del menor llevada a límites insospechados, llegando, incluso, a permitir el ejercicio unilateral de las funciones extraordinarias de la patria potestad conjunta, reservadas a ambos progenitores. Es decir, el interés del menor se superpone, incluso, al cambio de circunstancias.

A nuestro juicio, la modalidad del ejercicio conjunto de la patria potestad en crisis matrimoniales se configura como el que mejor salvaguarda el interés del menor, pues se perfila como el régimen más adecuado para la ejecución de todas las funciones inherentes a la responsabilidad parental y, adicionalmente, posibilita, de forma prioritaria, la satisfacción del interés del hijo menor.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 26 de octubre de 2012, RJ 9730/2012.

¹⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 5 de diciembre de 2018, RJ 150/2018.

Con todo, hemos de apuntar que la vigente configuración de una norma que tiene, como punto de partida, el acuerdo de los padres para la concesión del ejercicio conjunto de la patria potestad, nos lleva a indicar que en curso del proceso, y aun partiendo de una primera situación de discrepancia de los progenitores, se debe procurar la consecución de dicho acuerdo, sumamente importante en los procesos de crisis matrimoniales.¹⁰⁷

4.3 Atribución total de la patria potestad a uno de los progenitores

Otra de las alternativas que encontramos en el ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales es la atribución total del mismo a uno de los progenitores. Como ya apuntábamos, así se deduce del artículo 92.4 CC: “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 unos de los cónyuges.”

Como veníamos argumentando en el apartado anterior, si ambos progenitores se hallan en idóneas condiciones para ostentar el ejercicio de la patria potestad, será ésta la opción preferida para el desarrollo y formación integral del menor. Sin embargo, son varios los autores que se posicionan en contra de la patria potestad compartida, al sostener la dificultad que supone su ejercicio debido al mayor contacto que acaba teniendo el hijo menor con uno de los progenitores.¹⁰⁸ De esta manera, se argumenta que resulta especialmente complejo mantener un ejercicio conjunto de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales, por lo éste debería ser atribuido, en exclusiva, a uno de los progenitores.¹⁰⁹

Adicionalmente, hemos de tener en cuenta lo previsto en el artículo 156.5 CC: “En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.” De la dicción literal de este precepto podemos deducir que la voluntad del legislador fue la de prever el supuesto de que uno de los progenitores se encontrase imposibilitado involuntariamente (por ejemplo,

¹⁰⁷ García Rubio M.P. y Otero Crespo M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, en Sáez Hidalgo I., *Revista Jurídica de Castilla y León*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006, pp. 97-98.

¹⁰⁸ Vázquez Izubieta, C., *Matrimonio y divorcio*, Difusa, Madrid, 2005, p. 175.

¹⁰⁹ Freijanes Benito, A., “La protección de los derechos de los menores de edad en casos de separación y divorcio”, en Rodríguez Torrente, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, UPCO, Madrid, 1998, p. 80.

distanciamiento físico que impide la relación o enfermedad) o hubiese hecho méritos para ser apartado del ejercicio de la responsabilidad parental.

En consonancia con esta última posibilidad, “la atribución de la patria potestad en exclusiva a uno de los progenitores puede ser adecuada cuando de las exploraciones de los hijos se deduce que es la mejor medida de su interés, cuando existe una falta de relación con uno de los progenitores durante un largo período de tiempo, cuando uno de los progenitores sigue un tratamiento de desintoxicación, por abusos sexuales de uno de los progenitores hacia el hijo o hija, por existir condena de malos tratos, por enfermedad mental de uno de los progenitores que influya en su autogobierno, por estar uno de los progenitores privado de libertad, por detectarse en uno de los progenitores un problema de pedofilia que implique un riesgo para los menores, entre otros.¹¹⁰” Todas estas causas aquí expuestas, conductas desordenadas, se pueden sintetizar como conductas embebidas en el artículo 92.3 CC, el cual indica que, siempre que en el proceso se revele causa para ello, se acordará la privación de la patria potestad. Y todo ello, directamente relacionado con el artículo 92.7, el cual fue objeto de explicación en el apartado 4.1.

A estos efectos, resulta relevante analizar la posición del Alto Tribunal respecto al ejercicio exclusivo y la privación de la patria potestad, así como la más reciente jurisprudencia menor. A modo de síntesis previa de lo que vamos a analizar a continuación, podemos adelantar que los tribunales no conciben favorable para el desarrollo del menor, en circunstancias normales, una atribución de la patria potestad exclusiva a uno de los progenitores, pues esta queda reservada para situaciones excepcionales de grave y efectivamente probado incumplimiento de los deberes paternofiliales.

El Tribunal Supremo mantiene, con reiteración, una interpretación restrictiva del artículo 170 CC, en relación con el artículo 154 CC. Así lo establecía el Alto Tribunal en la sentencia de 10 de noviembre de 2005: «Centrada la cuestión litigiosa en acreditar si en la realidad se había o no producido el grave incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, que en la demanda se centraban en la falta de prestación de alimentos y en la total falta de visitas del padre respecto de sus hijas, la sentencia de la Audiencia

¹¹⁰ Moreno Velasco V., “Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad”. *Diario La Ley*, núm. 7267, Sección Tribuna, La Ley, 2009, visto en Fernández-Luna Abellán, E., *Custodia compartida...* cit. 31.

establece en sus dos primeros fundamentos de derecho que el padre demandado se mantuvo en una situación de precariedad económica, indicando incluso que no se acreditó en autos si, pese a ella, habrían entregado algunas cantidades para alimentos; que el padre demandado había intentado infructuosamente visitar a sus hijas menores y, finalmente, que en ningún momento se hubo comportado agresiva o violentamente para con las menores. Esta falta de respeto a los hechos probados, no susceptibles de modificación por no haber sido objeto de especial impugnación en sede casacional, determinaría la falta de fundamento del motivo y, consiguientemente su desestimación.»¹¹¹

En consonancia con esta doctrina se viene reiterando el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de junio de 2014, al afirmar que «la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación [...] requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada.»¹¹²

De la jurisprudencia asentada por el Alto Tribunal deducimos que la privación total o parcial de la patria potestad requiere, como realidad probada, un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia imputable al progenitor. Así pues, siempre que no se pruebe tal incumplimiento, se va a seguir manteniendo la patria potestad conjunta por ambos progenitores.

Tal tendencia se plasma en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de octubre de 2016.¹¹³ Dicha sentencia, derivada de un procedimiento contencioso de divorcio, tiene como pretensión la privación de la patria potestad del padre. En ella se califica la privación de la patria potestad como una medida reputada excepcional, debido a su especial gravedad, cuya aplicación procede, únicamente, en casos extremos; para establecerla no basta únicamente la sola constatación de un incumplimiento grave y de entidad suficiente de los deberes paterno-filiales, sino que su adopción ha de venir

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 de noviembre de 2005, RJ 7625/2015.

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de junio de 2014, RJ 2844/2014.

¹¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de octubre de 2016, RJ 719/2016.

aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente, razonable y oportuna, en un momento determinado, para los intereses del menor.

El interés superior del menor, fin último de la patria potestad, se manifiesta en la presente sentencia en la no acreditación de peligro para el mismo, derivada del mantenimiento conjunto de la titularidad o ejercicio de la patria potestad sobre los hijos. Adicionalmente, la no constatación del total desentendimiento económico del padre, la falta de ausencia de relación padre-hijo, la no existencia de dificultades para la madre en la toma de decisiones en la vida de los hijos, plasmada, entre otros, en la no referencia a entorpecimientos en el área sanitaria o en la no objeción del padre a la escolarización de los menores en el centro elegido por la madre, llevan al mantenimiento conjunto del ejercicio de la patria potestad y a la no instauración de una medida tan gravosa como es la privación de la patria potestad con respecto a uno de los dos progenitores.

La presente sentencia examina, además, la función inherente a la patria potestad contenida en el artículo 154 CC, consistente en “tener a los hijos en su compañía”, y su desdoblamiento en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a un progenitor y el establecimiento de un régimen de comunicación, visitas y estancias no son sino dos conceptos temporales de dicha función embebida en la patria potestad. A estos efectos, se señala que, en principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, después de la separación o divorcio, las funciones de “velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes” siguen siendo compartidas entre ambos. En relación con el régimen de visitas la sentencia declara que «no es, en absoluto, incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia [...]». El beneficio de los hijos impone la necesidad de las visitas sin otras limitaciones, al ser el padre fuente de cuidado, afecto y seguridad para los niños, sin que se vea la conveniencia de reducir la presencia de la figura paterna.»¹¹⁴

Procedemos, a continuación, a analizar las más nuevas orientaciones de la jurisprudencia en cuanto a la atribución de la patria potestad en exclusiva a uno de los progenitores.

¹¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de octubre de 2016, RJ 719/2016.

En consonancia, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de febrero de 2019, se mantiene en la aplicación de la doctrina asentada en su sentencia de 10 de noviembre de 2005 y, consecuentemente, de 6 de junio de 2014; opta por una atribución en exclusiva del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores por un efectivo y grave incumplimiento, probado, de los deberes inherentes a la responsabilidad parental del otro progenitor, y tomando como base el interés superior del hijo en las circunstancias concurrentes. El incumplimiento de tales deberes paterno-filiales se materializa en, por un lado, ausencia completa de relación del progenitor privado de la patria potestad con el hijo menor, así como considerable lejanía de residencia entre éste y aquel.

La jurisprudencia menor también se ha mantenido en la doctrina implementada por el Tribunal Supremo en cuanto a la atribución en exclusiva del ejercicio de la patria potestad. Como ejemplo significativo, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 20 de diciembre de 2016. Dicha resolución atribuye la patria potestad exclusiva a uno de los progenitores basándose en un grave, reiterado y efectivamente probado incumplimiento, por parte del progenitor privado de la patria potestad, de los deberes de cuidado y asistencia al hijo menor, materializados en falta de prestación de alimentos, abandono y, consecuentemente, ausencia de relación: «Así califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, [...] y justifica que proceda proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor.»¹¹⁵

4.4 Ejercicio parcial y distribución de las funciones inherentes a la patria potestad

Finalmente, procedemos a analizar el último caso embebido en los artículos 92.4 CC y 156.6 CC, los cuales permiten el ejercicio parcial de la patria potestad de uno de los progenitores y la distribución, entre ambos, de las funciones inherentes a la patria potestad, respectivamente.

A estos efectos, hemos de mencionar, a su vez, el artículo 156.3 CC. De su dicción literal podemos deducir que, en caso de desacuerdos reiterados entre ambos progenitores o

¹¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 20 de diciembre de 2016, RJ 474/2016.

debido a cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el Juez podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Además, esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, no pudiendo exceder nunca de dos años.

Por tanto, podemos apreciar que se trata de un sistema híbrido, intermedio, el cual va a conllevar, junto al ejercicio exclusivo de ciertas funciones de la patria potestad por uno de los progenitores, el mantenimiento del ejercicio conjunto de las restantes funciones de la misma.¹¹⁶ Esta distribución de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad puede abarcar, indistintamente, bien la esfera personal como patrimonial del menor, si bien ésta deberá amoldarse, siempre y en todo caso, a la priorización del interés del menor y al contexto y características propias que ha desencadenado la crisis matrimonial, y puede verse justificada por la imposibilidad de uno de los progenitores de asumir ciertas responsabilidades o por la especial cualificación profesional de aquéllos.¹¹⁷

Sin embargo, en la práctica se ha venido sosteniendo la ardua y compleja dificultad que supone la aplicación de este sistema, debido a la complicada labor de determinación del ejercicio de las funciones de cada progenitor.¹¹⁸ La viabilidad de este sistema pasaría por distribuir, entre los progenitores, las funciones inherentes a la patria potestad, atendiendo a la formación de aquéllos y precautelando, ante todo, la satisfacción del interés del menor.¹¹⁹

¹¹⁶ Fernández-Luna Abellán, E., *Custodia compartida...* cit. 33.

¹¹⁷ Guilarte Martín-Calero, C., “Comentarios del nuevo”... cit. 144.

¹¹⁸ Ventoso Escribano, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, p. 128.

¹¹⁹ Fernández-Luna Abellán, E., *Custodia compartida...* cit. 33.

4.5 Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio

Resulta fundamental, en este momento, remitirnos y analizar el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013, pues consideramos de gran interés las propuestas en él incluidas con respecto al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia. Sin embargo, el Decreto de disolución de las Cortes publicado en el BOE el 27 de octubre de 2015 provocó que dicho Anteproyecto no “saliera del cajón” del Ministerio de Justicia y no ha llegado a ver la luz.¹²⁰

El citado Anteproyecto, en sus Exposición de Motivos, resalta que es “necesario concienciar a los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos [...] y será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico.”¹²¹

En relación con la patria potestad, el Anteproyecto plantea un ejercicio conjunto, aun cuando los progenitores vivan separados, por lo que no se alteran las responsabilidades parentales respecto a los hijos (artículos 90, 92 y 156 CC); la autoridad judicial, en función del interés superior del menor, establecerá cómo debe ejercerse esta corresponsabilidad parental.

En relación con la guarda y custodia, se plantea la introducción del artículo 92 bis CC. Mediante esta disposición normativa se pretende “conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo.”¹²² Se pretende fomentar la guarda y custodia compartida, pero sin llegar a

¹²⁰ Muñoz Naranjo, A., *El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*. Instituto Superior de Derecho y Economía. Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol. 15, Madrid, 2015, pp. 39-56.

¹²¹ Exposición de Motivos IV, Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

¹²² Exposición de Motivos V, Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

considerar esta como “preferente o general”,¹²³ pues debe ser el juez quien, en cada caso concreto, y buscando el interés superior del menor, quien determine la preferencia por un régimen u otro. Lo que se pretende, en definitiva, es eliminar el presente carácter excepcional que tiene la guarda y custodia compartida en nuestro ordenamiento; actualmente, según el artículo 92.5 CC, únicamente se puede acordar el ejercicio compartido de guarda y custodia cuando así lo soliciten los progenitores en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos así lo acuerden en el transcurso del procedimiento.

Podemos apreciar, por tanto, cómo el citado Anteproyecto comulga con el carácter “normal y deseable” que el Tribunal Supremo atribuye a la guarda y custodia compartida en su sentencia de 29 de abril de 2013, analizada en el epígrafe 4.1.

A estos efectos, es importante señalar la creciente tendencia de los tribunales de resolver procesos de crisis matrimoniales con guarda y custodia compartida; este régimen se ha triplicado en los últimos 12 años: en 2007, los jueces únicamente lo concedían en 1 de cada 10 ocasiones, si bien en 2017 se otorgó en el 30% de los casos (15.167 del total) según los datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística (INE).¹²⁴

En cuanto al derecho de visitas, el Anteproyecto plantea, a su vez, ciertas modificaciones. Los efectos que este derecho originan en el no custodio hemos de situarlos en el momento en el cual la separación, nulidad o divorcio se materializan como realidad jurídica.¹²⁵ Se regula en el artículo 94 CC, el cual afirma que aquel progenitor que no tenga consigo a sus hijos menores tendrá el “derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”; dicho derecho hemos de entenderlo como una manifestación concreta de la facultad que el artículo 156.1 CC otorga a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad. Con respecto al mismo, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se destaca que el mismo pretende “subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y

¹²³ Exposición de Motivos V, Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

¹²⁴ Álvarez, P., “Uno de cada tres divorcios se resuelve ya con custodia compartida”, *El País*, 25 de septiembre de 2018: (Disponible en https://elpais.com/sociedad/2018/09/24/actualidad/1537798270_784413.html; última consulta 8/04/2019).

¹²⁵ Roda y Roda, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. Ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores: derecho de visita*. Aranzadi, 2014, ISBN 978-84-9059-677-7, p. 4.

emocional de cada menor.”¹²⁶ De cara a cumplir con dicho objetivo, el Anteproyecto elimina el término de guardador o custodio y se sustituye por “no conviviente”;¹²⁷ igualmente procede con el concepto de visitas en función de las relaciones con los progenitores, y se sustituye por convivencia, régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente.

El testigo de este Anteproyecto parece haber sido retomado por el partido político Ciudadanos, al presentar, el pasado 15 de octubre de 2018, una Proposición de Ley de impulso a la guardia y custodia compartida de los menores en los casos de ruptura de la convivencia de los progenitores, en el cual se busca implementar medidas muy similares a las del citado Anteproyecto.

¹²⁶ Exposición de Motivos V, Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

¹²⁷ Exposición de Motivos V, Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

5. CONCLUSIONES

Una vez realizado el estudio de las nuevas orientaciones de la patria potestad, con especial referencia a la facultad de representación de los progenitores sobre sus hijos en el ámbito sanitario, así como a las diferentes posibilidades de ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales, procede sintetizar las conclusiones que hemos alcanzado:

- 1) La patria potestad se configura como una institución jurídica flexible y en constante adaptación a la realidad social de cada contexto temporal, sirviéndose de las sucesivas modificaciones de su regulación jurídica en el Código Civil por diferentes disposiciones normativas. A estos efectos, el fin último de la patria potestad, materializado en la priorización del interés y beneficio del menor y que trasciende, incluso, el de los progenitores, está llevando en determinadas ocasiones, a nuestro juicio, a configurar la figura del menor como una suerte de *superprotegido*. Dichas situaciones son discutibles.
- 2) Las más recientes orientaciones de la patria potestad en relación con los sujetos protegidos por la misma se han materializado en la redacción del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Se prevé una profunda modificación de esta institución jurídica en el Código Civil que elimina tanto la patria potestad prorrogada como rehabilitada del ámbito de la discapacidad, al considerar dichas figuras “excesivamente rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas con discapacidad que ahora se propone”. De esta manera, la patria potestad pasaría a quedar reservada, como regla general, para el hijo menor no emancipado, y con ciertas particularidades, para el menor emancipado.
- 3) En el sistema sanitario actual se ha producido un importante cambio de paradigma que altera profundamente la capacidad de elección de actuaciones médico-sanitarias sobre pacientes menores. Del dominio del principio de beneficiencia se ha evolucionado hacia el principio de autonomía del paciente. En este sentido, la introducción de la LAP faculta a los menores a tomar decisiones en el ámbito sanitario en determinados supuestos, en detrimento del ejercicio, por parte de los progenitores, de la facultad de representación de los hijos que les confiere la patria

potestad. Sin embargo, el otorgamiento de consentimiento por parte del menor mayor de 16 años se produce en un número muy reducido de casos. Está excluido en supuestos de intervenciones corporales en materia de estética, de interrupción del embarazo y de cambio de identidad sexual, que precisan, además, el consentimiento expreso de los progenitores o la asistencia de un defensor judicial. Todo ello, sin perjuicio de las situaciones que supongan grave riesgo, en cuyo caso la capacidad decisoria del menor queda desvirtuada. Por tanto, los progenitores continúan ejerciendo la representación de los hijos en el ámbito sanitario en los ámbitos más trascendentes.

- 4) El reciente Real Decreto-Ley 9/2018 constituye una clara representación de las nuevas orientaciones que está experimentando la patria potestad, en cuanto a la representación del menor en casos tanto de violencia de género como violencia sobre el propio menor. La decisión sobre la asistencia psicológica del menor, reservada a un único progenitor no incurso en proceso penal y, por tanto, desvinculada del catálogo de actos contenidos en el ejercicio de la patria potestad conjunta, es un claro reflejo de la independencia que se está otorgando a ciertos actos sobre la esfera personal del menor en aras de velar por su beneficio e interés.
- 5) La más reciente jurisprudencia, en materia de ordenación de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales, se está apartando de la actual regulación del Código. Frente a un Derecho positivo que prevé la guarda y custodia compartida como excepcional, materializada en la imposibilidad de su otorgación sin petición expresa de los cónyuges, el Tribunal Supremo ha sentado doctrina, otorgándole un carácter normal y deseable, que no preferente, en aras de proteger el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores en situaciones de crisis. La jurisprudencia es proclive a decantarse por el ejercicio de la patria potestad conjunta en situaciones normales; así lo han declarado los tribunales cuando los progenitores cumplen con sus obligaciones paterno-filiales y mantienen una buena relación, configurándose este sistema como el más idóneo para que el menor siga relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores y se haga efectiva la priorización y búsqueda de su interés. Sin embargo, la tendencia a proteger hasta los más últimos límites el interés del menor ha llevado incluso a desvirtuar el contenido de la patria potestad conjunta, permitiendo su quebrantamiento en ciertos casos, o denegándola en cuanto no de

cumple un mínimo de los presupuestos normales para su aplicación. Asimismo, la atribución de la patria potestad exclusiva queda reservada para situaciones excepcionales, materializadas en un grave, reiterado y efectivamente probado incumplimiento de los deberes paterno-filiales.

- 6) Podemos concluir como, recientemente, se está tratando de acercar la ordenación del Código a las orientaciones sobre la patria potestad que marca la jurisprudencia. A estos efectos, se han realizado ya intentos fallidos de reforma; prueba de ello es el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio presentado en 2013, o la Proposición de Ley de impulso a la guardia y custodia compartida de los menores en los casos de ruptura de la convivencia de los progenitores.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1 Doctrina

Albaladejo M., *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia IV*, Edisofer, Madrid, 2009.

Corripio Gil Delgado, R., Filiación y responsabilidad parental, en De Couto Gálvez, R.M., *Derecho de las relaciones familiares y de los menores*, Dykinson, Madrid, 2018.

De Couto Gálvez, R.M., *Las instituciones civiles de protección: patria potestad, tutela, curatela y guarda de hecho* en Martínez García, C., (varios autores) *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

De Lama Ayma, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Tomo 1*, TECNOS, Madrid, 2012.

Duplá Marín, T. y Bardají Gálvez, M.D., *Decisiones y consentimientos respecto de la salud del menor* en Veiga Copo, A., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi, Navarra, 2008.

Fernández-Luna Abellán, E., *Custodia compartida y protección jurídica del menor*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.

Freijanes Benito, A., “La protección de los derechos de los menores de edad en casos de separación y divorcio”, en Rodríguez Torrente, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, UPCO, Madrid, 1998.

García Rubio M.P. y Otero Crespo M., *Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005*, en Sáez Hidalgo I., *Revista Jurídica de Castilla y León*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006.

Guilarte Martín-Calero, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, en Guilarte Gutiérrez, V. (varios autores), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

Junquera De Estéfani, R., *Minoría de edad, paternalismo y capacidad de decisión: ¿hacia una mayoría de edad sanitaria?* en Veiga Copo, A., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Aranzadi, Navarra, 2008.

Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos del Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.

Lasarte, C., *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Lázaro González, I.E. y Molinero Moreno, E., *Confidencialidad de los datos sanitarios del menor versus obligación de los padres de proteger a los hijos* en Veiga Copo, A., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi, Navarra, 2008.

Lizarraga Bonelli, E., *La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Autonomía del paciente, información e historia clínica: (estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Thomson-Paraninfo, Madrid, 2004.

Moreno Velasco V., “Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad”. *Diario La Ley*, núm. 7267, Sección Tribuna, La Ley, 2009.

Muñoz Naranjo, A., *El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*. Instituto Superior de Derecho y Economía. Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol. 15, Madrid, 2015.

Roda y Roda, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. Ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores: derecho de visita*. Aranzadi, 2014.

Romeo Malanda, S., “Un nuevo marco jurídico sanitario” *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº1, 2003.

Serrano Molina, A., “Los menores en situaciones de crisis familiares” en Martínez García, C., (varios autores) *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

Vázquez Izubieta, C., *Matrimonio y divorcio*, Difusa, Madrid, 2005.

Vázquez Pastor-Jiménez, L., “La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular, la anorexia nerviosa”, *Revista de Derecho Privado*, Nº 91, 2007.

Ventoso Escribano, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriega, L., *Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos*, en *Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2006.

6.2 Legislación

Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3, 2018.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.

Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. «BOE» núm. 227, de 22/09/2015.

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. «BOE» núm. 65, de 16/03/2007.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29/07/2015.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. «BOE» núm. 312, de 29/12/2007.

Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. «BOE» núm. 188, de 4/08/2018.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «BOE» núm. 206, de 25/07/1889.

6.3. Jurisprudencia

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de mayo de 2014, RJ 119/2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 20 de diciembre de 2016, RJ 474/2016.

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 5 de diciembre de 2018, RJ 150/2018.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de octubre de 2016, RJ 719/2016.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de julio de 2005, RJ 530/2005.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de junio de 2014, RJ 2844/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 de noviembre de 2005, RJ 7625/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de junio de 2016, RJ 1698/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de octubre de 2014, RJ 515/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 19 de julio de 2013, RJ 495/2013.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 26 de octubre de 2012, RJ 9730/2012.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 de junio de 2018, RJ 403/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2013, RJ 257/2013.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de abril de 1991, RJ 3108/1991.

6.4 Referencias de Internet

Álvarez, P., “Uno de cada tres divorcios se resuelve ya con custodia compartida”, El País, 25 de septiembre de 2018: (Disponible en https://elpais.com/sociedad/2018/09/24/actualidad/1537798270_784413.html; última consulta 8/04/2019).

Del Carpio, V., “Inconstitucionalidad parcial del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género”, Disponible en <https://elotroblogdeveronicadelcarpio.com/2018/08/08/inconstitucionalidad-parcial-del-real-decreto-ley-9-2018-de-3-de-agosto-de-medidas-urgentes-para-el-desarrollo-del-pacto-de-estado-contra-la-violencia-de-genero/>; última consulta 24/09/2019).

El Derecho: El Congreso convalida el Real Decreto-ley de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. (Disponible en <https://elderecho.com/congreso-convalida-real-decreto-ley-medidas-urgentes-desarrollo-del-pacto-estado-la-violencia-genero.>; última consulta 23/03/2019).

Mateobueno, F., “Reflexiones sobre el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto.” (Disponible en <https://www.mateobuenoabogado.com/blog/real-decreto-ley-9-2018/>; última consulta 24/03/2019).