

1.2. Derecho de familia

El ejercicio de la patria potestad: desacuerdos entre los progenitores y conflicto de intereses con el hijo menor de edad

The exercise of parental authority: disagreements between parents and conflicts of interest with the minor child

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesora Titular) en la Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN: La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, pues, la regla general es la titularidad y el ejercicio conjunto tanto en situaciones de normalidad convivencial como en situaciones de crisis matrimonial o de pareja. Al respecto, se consideran válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Ahora bien, en caso de desacuerdos ocasionales o puntuales en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los progenitores podrá acudir a la autoridad judicial y ésta atribuir la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos son reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la patria potestad total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo de dos años. En todo caso, se protege a los terceros de buena fe, presumiendo que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. Es posible el ejercicio individual de uno de los progenitores en defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de ellos. En fin, si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva y, dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentarse 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 atentarse contra el otro progenitor, basta el consentimiento de

este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el otro progenitor ser informado previamente. También será aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género.

Por otra parte, en caso de conflicto entre los progenitores con el hijo menor procede el nombramiento de un defensor judicial. El presente estudio se va a centrar en el estudio de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdos o divergencias entre los progenitores y en los supuestos de ejercicio individual y, asimismo, en el necesario nombramiento de un defensor judicial para el hijo menor en caso de conflicto de éste con sus progenitores.

ABSTRACT. Parental authority may be exercised jointly by both parents or by one parent with the express or tacit consent of the other. The general rule is joint ownership and exercise of parental authority, both in situations of normal cohabitation and in situations of marital or relationship crisis. In this regard, acts carried out by one parent in accordance with social custom and circumstances, or in situations of urgent need, are considered valid. However, in the event of occasional or specific disagreements in the exercise of parental authority, either parent may appeal to the judicial authority, and the latter may assign the decision-making power to one of the two parents. If disagreements are repeated or any other cause seriously impedes the exercise of parental authority, the latter may assign parental authority, in whole or in part, to one of the parents or distribute its functions between them. This measure will be valid for a period of two years. In any case, third parties acting in good faith are protected, assuming that each parent is acting in the ordinary exercise of parental authority with the consent of the other. Individual exercise of parental authority by one parent is possible in the absence or inability of one of them to exercise it. Finally, if the parents live separately, parental authority will be exercised by the parent with whom the child lives. Once a conviction has been issued and criminal liability has not been extinguished or criminal proceedings have not been initiated against one of the parents for violating the life, physical integrity, liberty, moral integrity, or sexual liberty and integrity of the minor children they share, or for violating the other parent, the consent of the latter is sufficient for the care and psychological assistance of the minor children, and the other parent must be informed in advance. This will also apply, even if no prior complaint has been filed, when the woman is receiving assistance from a specialized gender-based violence service. Furthermore, in the event of a conflict between the parents and their minor child, the appointment of a legal guardian is necessary. This study will focus on the ownership and exercise of parental authority in the event of disagreements or disagreements between the parents and in cases of individual exercise of parental authority. It will also focus on the necessary appointment of a legal guardian for the minor child in the event of a conflict between the child and his or her parents.

PALABRAS CLAVES: menor de edad, progenitores, titularidad y ejercicio de la patria potestad, desacuerdos puntuales o reiterados, violencia de género, conflictos de intereses.

KEYWORDS: *minor, parents, ownership and exercise of parental authority, specific or repeated disagreements, gender violence, conflicts of interest.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. INTERÉS DEL MENOR Y DESACUERDOS. 1. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 2. EL EJERCICIO CONJUNTO O INDIVIDUAL DE LA PATRIA POTESTAD: LOS DESACUERDOS ENTRE LOS PROGENITORES. A. Los desacuerdos entre los progenitores: simples u ocasionales y reiterados. B. Supuestos concretos de desacuerdos o divergencias entre los progenitores. C. Protección de terceros de buena fe. D. El ejercicio individual de la patria potestad. 3. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR EL HIJO MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO. LA ASISTENCIA DE LOS PROGENITORES. 4. EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA RELATIVO A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON LA PATRIA POTESTAD.—III. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LOS PROGENITORES Y EL HIJO MENOR DE EDAD: NOMBRAMIENTO DEFENSOR JUDICIAL. 1. CONCEPTO Y CARACTERES. 2. NOMBRAMIENTO Y CONTENIDO. 3.3. SUPUESTOS CONCRETO DE ACTUACIÓN JURÍDICA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad —*potestas*— en origen representaba la jefatura doméstica o soberanía que, el jefe del grupo, el *paterfamilias*, ejercía sobre todos los miembros del mismo. Era un poder absoluto y despótico concebido a favor de quien lo ejercía, hasta el punto que, en el Derecho romano clásico se declaraba que, el *paterfamilias* gozaba del “derecho de la vida y la muerte” (*ius vitae et necis*) sobre sus hijos, y, asimismo, se constituía como instrumento de cohesión del grupo mismo. Venía a ser el eje del Derecho de Familia, pues, todas las instituciones familiares se concebían en función de ella; y, así proyectada, representaba un verdadero derecho subjetivo del *paterfamilias* sobre los hijos, así como sobre los bienes o frutos de los bienes que, pudieran pertenecerles (normalmente por haberlos heredado de otros familiares). En los tiempos actuales, sin embargo, la patria potestad es configurada exactamente desde el prisma contrario, pues, aquella es, propiamente hablando, una potestad en sentido técnico, y no conforma en absoluto un derecho subjetivo que, corresponda a ambos progenitores, ya que, las facultades o poderes que el ordenamiento jurídico reconoce a éstos en relación con sus hijos, están estrechamente ligados con el cumplimiento de los deberes que, sobre los progenitores pesan respecto de la educación, crianza y formación de los hijos. Así pues, las facultades que el Código Civil otorga a los progenitores respecto de los hijos son auténticas potestades, en cuanto “se trata de poderes que el ordenamiento les reconoce o concede para que los ejercite precisamente en interés o beneficio de los hijos, y no atendiendo a los propios intereses de los sujetos activos de tales facultades o poderes”¹. De todo ello resulta que, la patria potestad como institución básica del orden social-familiar, es de orden público² y como indica CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ “se encuadra entre las medidas de protección de los menores, siendo de entre estas la más natural”³. Para ESTELLÉS PERALTA la actual redacción del artículo 154 *in fine* del Código Civil “identifica la patria potestad como una responsabilidad parental”⁴. A tal fin, PÉREZ GIMÉNEZ define la patria potestad como “el conjunto de facultades que se otorgan a los progenitores para que puedan cumplir los deberes y obligaciones que la ley les impone, lo que siempre deberá realizarse en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, con

respecto a su derechos y a su integridad física y mental, para hacer efectiva la responsabilidad parental a la que se hace referencia el artículo 154 del Código Civil⁵.

Sobre tales bases, de la existencia de un vínculo de filiación —por naturaleza o adopción—, legalmente establecido, el Código Civil hace derivar la patria potestad que corresponden a los progenitores respecto de sus hijos menores no emancipados. Así resulta del artículo 154, párrafo primero del Código Civil, en cuanto establece que *“los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los padres”*. Por tanto, la patria potestad en su configuración jurídica-positiva actual, procedente de la reforma operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo de “modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio”⁶ se define como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores con discapacidad. Sólo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciables, imprescriptible e indisponible y de carácter social⁷. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del Título VII “De las relaciones paterno-filiales”, del Libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (artículos 154 a 171)⁸.

Por su parte, la Constitución española otorga rango constitucional a la responsabilidad primaria de los padres en la atención y educación de sus hijos, aunque no lo mencione expresamente. Así, el artículo 39 dispone que *“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

La actuación de los poderes públicos en relación con el menor se sustancia en tres ámbitos concretos: 1) Se indica que los poderes deben asegurar la protección integral de los menores de edad; 2) La función de atender a los hijos corresponde a los padres; 3) A los menores de edad se les reconocen los derechos que recogen los acuerdos internacionales sobre la infancia, que España ha ratificado⁹.

Ahora bien, aunque no se determina en el texto constitucional, está claro que la intervención de los poderes públicos para una adecuada protección de los menores, resulta compatible y opera al mismo nivel que la función de los padres, precisamente, en la asistencia y protección a sus hijos menores de edad¹⁰. Si bien, no faltan quienes entienden que en el ámbito de las relaciones familiares, resulta necesario plantear una actuación subsidiaria de los poderes públicos con respecto

a la que corresponde a los padres¹¹; o, bien, se parte de una operatividad en distinto plano de cualquiera de las acciones protectoras señaladas¹².

No obstante, pese a que se reconoce rango constitucional a la potestad de los padres sobre sus hijos menores de edad, no se le otorga, sin embargo, el valor de derecho fundamental, sino como un principio rector más de la política social y económica, al formar parte el citado artículo 39 del Capítulo III del Título I y no del Capítulo II del Título I relativo a los derechos fundamentales.

Como complemento y refuerzo del reconocimiento de la titularidad de los padres en la potestad de sus hijos menores de edad, y, por ende, en responsabilidad de aquellos en la atención de sus hijos, el artículo 27.3 del mismo texto constitucional regula el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté acorde con sus propias convicciones¹³. Asimismo, en el plano internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, después de establecer en su Preámbulo que, la familia de origen es el hábitat natural idóneo para el desarrollo del menor, dispone en su artículo 9.1 que los niños no deben ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto si un proceso legal lo estima necesario para el mejor interés de los menores, y, añade en sus artículos 18.1 y 27 que corresponde a los padres la responsabilidad principal en la crianza, desarrollo y educación de sus hijos¹⁴. Igualmente, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio, destaca el papel primordial de la familia y su estabilidad en el desarrollo equilibrado y armonioso del niño, subrayando en su apartado 8.11, además de la responsabilidad conjunta del padre y la madre en la educación y desarrollo del menor, y del derecho de todo niño a vivir con sus padres naturales, legales o adoptivos, dispone que corresponde a los padres de forma prioritaria dar al niño una vida digna y en la medida de sus recursos económicos, proporcionar los medios para satisfacer sus necesidades. Todo ello, sin perjuicio, del deber de los Estados de asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, y servicios sociales. Y, finalmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, señala el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (artículo 8)¹⁵.

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general el ejercicio de la misma, corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (artículo 154, párrafo primero del Código Civil)¹⁶. Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar primada por el interés o beneficio del menor¹⁷. Lo cierto es que, el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad¹⁸. La patria potestad se ejercerá como parentalidad positiva. De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad, los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, pongan en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente

justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor y, asimismo, debe tenerse en cuenta que ésta corresponde en primer lugar a los padres¹⁹. No cabe duda que, la reforma por Ley 11/1981, se estructuró sobre la base de tres objetivos: configurar la patria potestad como función dual del padre y de la madre; dar primacía la interés o beneficio del hijo, y el respecto a su personalidad; y, someter el ejercicio de la patria potestad a la intervención y vigilancia judicial, así, como, en su caso, de la Administración pública. Esta intervención y vigilancia judicial determina que, el Juez ha de resolver sobre el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores —artículo 156 del Código Civil—; asimismo, tendrá que decidir al cuidado de qué progenitor quedan los hijos menores de edad en los casos de separación de hecho, y a falta de acuerdo entre los padres —artículo 159 del Código Civil—, autorizar determinados actos de disposición de bienes o derechos de los hijos por parte de sus progenitores (artículo 166 del Código Civil); o, cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, adoptar todas las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes (artículo 167 del Código Civil); y, en fin, sobre la base del artículo 158 del Código Civil “de oficio o a instancia de parte del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal” habrá de dictar “dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”, todas aquellas medidas y disposiciones que tengan por finalidad atender a la protección personal y patrimonial del hijo. De forma que, ante un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno-filiales por parte de los progenitores, bien en un proceso civil *ad hoc*, en un proceso matrimonial o en un proceso penal, el juez puede adoptar como medida excepcional de protección de los menores, la privación de la titularidad y del ejercicio de la patria potestad, esto es, de los deberes y facultades inherentes a la misma, sin que ello afecte “*per se*” al vínculo legal de filiación, ni impida el ejercicio de determinados derechos, como el de visita²⁰.

Como precisa, DÍEZ GARCÍA atendiendo a la regla general del ejercicio conjunto “la responsabilidad de los progenitores será conjunta, cuando ésta derive de un acto (u omisión) realizado (u omitido) de igual forma”. En consecuencia, para la citada autora “la patria potestad tiene una titularidad plural cuyo ejercicio es, en principio, mancomunado”²¹. Sin embargo, otros autores abogan por el ejercicio solidario²². Posición que consideramos acertada, pues, es más acorde con el ejercicio conjunto, sin perjuicio de la posibilidad de una responsabilidad individual de cualquiera de los progenitores, cuando estemos ante un comportamiento culposo o negligente del mismo, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 1903 del Código Civil²³.

La patria potestad como un derecho-deber o como un derecho-función puede, por tanto, en determinados casos y por causa de esta concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de ley, cuando sus titulares por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella, o las ejercen con daño y perjuicio para sus hijos²⁴.

Esta vigilancia judicial se ve completada con la intervención de la Administración pública en los casos en que el menor sometido a patria potestad se encontrara en situación de desamparo, esto es, cuando se vea privado de la necesaria

asistencia moral y material —artículo 172 del Código Civil—, con la consiguiente suspensión de la patria potestad.

Ahora bien, tanto la suspensión como la pérdida de la patria potestad representan una pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad, siendo posible, en consecuencia, su recuperación, cuando cese la causa que la ha motivado. Frente a otros supuestos, en los que tiene lugar la terminación de la patria potestad de forma definitiva, como la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo; la emancipación del hijo, salvo el supuesto de emancipación tácita, donde es posible su revocabilidad; y, su adopción (artículo 169 del Código Civil).

Como hemos señalado, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad es conjunta por ambos progenitores, ya lo sea mediante la actuación de ambos, o de uno con el consentimiento expreso o tácito del otro²⁵; no obstante, esta regla general expuesta, el Código Civil contempla determinados supuestos en lo que el ejercicio de la patria potestad es individual (artículo 156 del Código Civil) que serán objeto del oportuno análisis en otro apartado de este estudio: a) Desacuerdos, que pueden ser de dos tipos: simples o relativos a un acto concreto y reiterado. En el caso de desacuerdo simple *“cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien después de oír a ambos y al hijo, si tuviera suficiente juicio, y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre”*; cuando son reiterados o concurriera una causa singular que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá —el juez— atribuir total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En todo caso, si concurre un interés opuesto al del hijo, por parte sólo de uno de los progenitores, en tal supuesto, corresponderá al progenitor en quien no concurre interés opuesto la representación del hijo menor no emancipado, o completar la capacidad del menor emancipado, en una atribución sin necesidad de especial nombramiento, pues, opera por *ministerio legis* (artículo 163.2 del Código Civil)²⁶. De concurrir en ambos progenitores un interés opuesto al del hijo, se procederá al nombramiento de un defensor judicial²⁷; b) En defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro (artículo 156 párrafo cuarto)²⁸; c) En el caso de separación de los padres, la patria potestad será ejercida por aquél con quien el hijo conviva (artículo 156, párrafo quinto). 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. Por tanto, para los casos en los que progenitores no viven juntos, cualquiera que sea la causa²⁹, la convivencia del hijo con uno de ellos trae consigo la atribución del ejercicio de la patria potestad (guardia y custodia). De no mediar el supuesto de convivencia exclusiva del hijo con uno de los progenitores, ni acuerdo al respecto entre los mismos, a tales efectos, el artículo 159 del Código Civil dispone que *“si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, el Juez decidirá en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitora quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos, si tuvieran suficiente juicio, y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”*.

En nuestro Derecho, por tanto, el concepto de guarda y custodia se vincula con la atención y cuidado del menor, que se tiene en su compañía, ejercido mediante la convivencia más o menos permanente con el hijo; y, en su determinación se plantea la alternativa de si el ejercicio de la patria potestad debe serle atribuido a uno sólo de ellos (o quizá, en situación excepcional, incluso a un tercero como, por ejemplo, a los abuelos³⁰), de manera individual y exclusiva; o si, por el contrario, se procede a la llamada guarda y custodia compartida, modalidad esta última establecida legalmente por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En principio, en los casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, el convenio regulador judicialmente homologado debe contener la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta, y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos (artículo 90 A) del Código Civil). Por su parte, la sentencia que recaiga en un proceso contencioso de separación, nulidad y divorcio debe, asimismo, contener un pronunciamiento —siempre fundado en beneficio o interés del menor— relativo a que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, o que el cuidado de los hijos corresponda a uno u otro (artículo 92.4 del Código Civil).

De cualquier forma, en todos estos supuestos descritos, conviene precisar, que tiene lugar una modificación en la titularidad o ejercicio de los contenidos normales de la patria potestad, que puede tener lugar mediante una concentración, redistribución, o alteración de aquéllas.

Así las cosas, la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad tienen como referente ordinario a los hijos menores no emancipados. Sobre los hijos beneficiarios recae un deber de obediencia y respeto a los padres y la obligación de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia, mientras convivan con ella. Los titulares de la patria potestad son los progenitores cuya filiación esté determinada legalmente, ya sean los hijos menores biológicos o adoptivos³¹.

Además del Código Civil, en la actualidad la patria potestad también se encuentra regulada en el Derecho Civil aragonés, catalán y navarro. Así en el Código Civil aragonés en el Título II del Libro I bajo la rúbrica “De las relaciones entre ascendientes y descendientes” —artículos 56 a 74—; el Código Civil catalán, por su parte, en el Capítulo VI del Título II del Libro II con la denominación “la potestad parental” se desarrolla la institución en el artículo 236 apartados 1 a 36; y, en fin, el Título V del Libro I de la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra (FNN) “De la patria potestad y de la filiación” —Leyes 64 a 70—.

A tal fin, el artículo 59 del Código Foral aragonés (CFA) dispone que: “Los padres, aunque no ostenten la autoridad familiar o no vivan con el hijo menor, tienen el derecho y la obligación de: a) Velar por él; b) Visitarlo y relacionarse con él; y, c) Informarse recíprocamente, aun cuando vivan separados, acerca de la situación personal del hijo”; asimismo, el artículo 63 relativo a la titularidad establece que: “1. El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres; 2. Puede corresponder a uno solo de ellos o a otras personas en los casos legalmente previstos”; y añaden los artículos 64 y 65 “La autoridad familiar es una función inexcusable que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de

otras personas, y siempre en interés del hijo”; y, “1. La crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos: a) Tenerlos en su compañía. El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas; b) Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades; c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años; d) Corregirlos de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos. 2. Para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos, los titulares de la autoridad familiar pueden solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos”.

En Código Civil catalán (CCC) establece en su artículo 236-1 en cuanto a la titularidad de la potestad parental que: “Los progenitores, para cumplir las responsabilidades parentales, tienen la potestad respecto a los hijos menores no emancipados. La potestad parental puede extenderse a los hijos mayores de edad incapacitados prorrogándola o rehabilitándola” y, añade el artículo 236-2 en los referente a su ejercicio que: “La potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo”.

En la Ley 64 del FNN denomina responsabilidad parental al conjunto de deberes y facultades que corresponden a los progenitores sobre sus hijos menores de edad no emancipados con la finalidad de procurar su pleno desarrollo de acuerdo con su personalidad e interés superior y con respeto a sus derechos y a su integridad. Y, en cuanto a la titularidad. La responsabilidad parental corresponde conjuntamente a ambos progenitores; y, añade en la Ley 67 respecto al ejercicio de la responsabilidad parental que: “a) Regla general. Los deberes y facultades inherentes a la responsabilidad parental y todas las decisiones derivadas de los mismos se ejercerán y adoptarán por los progenitores según lo convenido y, en defecto de pacto, por ambos conjuntamente o por uno solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán, sin embargo, válidos los actos que cualquiera de ellos realice por sí solo para atender a las necesidades ordinarias de los hijos, según las circunstancias familiares y el uso del lugar o en situaciones que exijan una urgente solución”.

II. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. INTERÉS DEL MENOR Y DES-ACUERDOS

El Código Civil establece como regla general el ejercicio conjunto de la patria potestad³²; si bien, existen determinados supuestos en los que, pese a la titularidad conjunta de la patria potestad, su ejercicio corresponde a uno solo de los progenitores³³.

Tanto el ejercicio de forma conjunta como individual se ejerce siempre partiendo del interés superior de los hijos menores de edad no emancipados, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y la actuación judicial cuando resulte necesaria y pertinente³⁴.

Ciertamente, las relaciones familiares por su especial naturaleza, requieren un tratamiento susceptible en algunos casos de una interpretación conjunta y armónica de las normas que rigen los derechos y obligaciones de quienes la integran. Se trata de aplicar la ley conforme a su finalidad y principios fundamentales que la integran con especial preminencia del interés superior del menor que, como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, se debe tener en cuenta en todos los procedimientos que los afectan, valorando para ello todos los datos que resulten de la prueba, conforme a los criterios expresados en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012³⁵ dispone que: “Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor”. De ahí que, la regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores. La patria potestad, dice el artículo 156 del Código Civil, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

En todo caso, el ejercicio de la patria potestad puede conllevar diferentes problemas derivados de los intereses en conflicto así: 1. Discrepancias o desacuerdo entre los progenitores, tanto en caso de crisis matrimoniales como constante matrimonio; o, entre los miembros de la pareja de hecho, igualmente, en situaciones de normalidad convivencial como en situaciones de crisis; 2. Conflicto entre los progenitores y el hijo menor de edad no emancipado con el posible nombramiento de defensor judicial.

De ahí que, el presente estudio se centre en el ejercicio de la patria potestad y la solución a las posibles discrepancias o desacuerdos entre los progenitores y, entre éstos y los hijos menores de edad no emancipado. A tal fin, nos parece oportuno analizar, en primer lugar, lo que representa ese principio general del interés del menor, para luego proceder a estudiar el ejercicio conjunto o individual de la patria potestad y la operatividad práctica en caso de desacuerdos puntuales o reiterados; para finalizar, tratando la resolución de conflictos entre progenitores y sus hijos menores de edad no emancipados y el correspondiente nombramiento de defensor judicial. De todas formas, conviene recordar que, la titularidad de la

patria potestad es siempre conjunta, salvo supuestos de suspensión o privación de aquella; lo que, no impide un ejercicio individual de la misma.

Ahora bien, las decisiones que se incluyen en la patria potestad son las relativas a: 1. El lugar de residencia del menor y los posibles traslados del mismo; 2. La asistencia a una guardería (educación no obligatoria); 3. La elección del colegio y la orientación del mismo: público o privado; laico o religioso; 4. Si se educa al menor en una determinada religión; 5. La recepción de sacramentos (bautismo, comunión y confirmación) y la asistencia a catequesis; 6. El sometimiento del menor a tratamientos médico-quirúrgico y médico-estético, salvo los supuestos de urgente necesidad; 7. La elección de especialistas médicos (pediatra); 8. La realización de terapias psiquiátricas o psicológicas; 9. La realización por el menor de actividades extraescolares formativas, deportivas o lúdicas y, en general, aquellas que impliquen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores; 10. La posibilidad de estudios en el extranjero (año escolar o meses de verano)³⁶; 11. Sobre el deber de corrección —castigos al menor—; y, 12. Supuestos nimios como regalos al profesor/a del curso —regalo colectivo de la clase o individual de cada alumno/a—.

1. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Nuestra sentencia del Tribunal Constitucional 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, precisa a su vez que el principio de interés del menor se proclama en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) “al disponer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (exposición de motivos, artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

En el mismo sentido, entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril, FJ 12.º; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º; 99/2019, de 18 de julio, FJ 7.º; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º c); 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5.º; y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4.º B) c), y el Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre, FJ 4.º.

De este modo, se viene afirmando de manera reiterada la obligación de los poderes públicos de proteger el interés superior de las personas menores de edad en cualesquiera actuaciones que deban entenderse con estas o hayan de afectarles de manera directa o indirecta. Deben procurarlo incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º; 77/2018, de 5 de julio, FJ

2.º; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2.º C); 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5.º; y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3.º, entre otras).

Corresponde en cada caso a los jueces y tribunales ordinarios determinar cuál es el interés superior de las personas menores de edad, atendiendo para ello a los criterios generales que establece el artículo 2 de la citada Ley Orgánica 1/1996; e, incumbe a este tribunal, por su parte, examinar la correcta aplicación de aquellos y la ponderación de intereses realizada en mayor beneficio del menor a fin de comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (sentencias del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4.º; 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2.º b); 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2.º C); y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3.º).

El interés superior del menor representa un principio fundamental en la materia de protección de menores y adolescentes y, asimismo, un principio vertebrador de todas las instituciones de protección que, deberá prevalecer sobre el resto de los intereses legítimos³⁷. Con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015 se dota de contenido a lo que hasta ahora representaba un concepto jurídico indeterminado y que ha sido objeto de diversas interpretaciones. Efectivamente, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, tras configurar el interés del menor como principio primordial en cuantas “acciones y decisiones” le afecten, consagra un principio interpretativo restrictivo de “las limitaciones a la capacidad de obrar” de los menores, pues estas “se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”. Dicho interés debe interpretarse y aplicarse “en cada caso”, “atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto” (artículo 2.2) y tomando en consideración “los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior” (artículo 2.2 b)).

De significativa importancia es el establecimiento en la Ley Orgánica 1/1996, tras la citada reforma por la Ley Orgánica 8/2015, de un conjunto de garantías procesales que deberán ser respetadas al adoptar cualquier medida en interés superior de la persona menor de edad (artículo 2.5), en particular interesa destacar, como garantía procesal, “los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado” (artículo 2.5 a)).

Este concepto, como precisa el Preámbulo de la citada Ley, se define desde un contenido tiple: 1. Es un derecho sustantivo, en el sentido que el menor tiene derecho a que cuando se adopta una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluado y en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; 2. Es un principio general interpretativo, de manera que cualquier normativa jurídica ha de ser interpretada conforme al mismo con el objeto de realizar la interpretación que mejor responde a los intereses del menor; por lo que cualquier medida o actuación que se lleva a cabo sobre un menor en situación de riesgo o desamparo, debe operar con lo que es más efectivo y beneficioso para su interés³⁸; y 3. Es una norma de procedimiento³⁹.

Por lo que, a los efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su es-

pecial vulnerabilidad⁴⁰; el transcurso del tiempo en su desarrollo⁴¹; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad⁴²; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales, y, cualquier otro elemento que se considere pertinente y respete los derechos de los menores; y, en caso de concurrir con cualquier otro interés legítimo, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo al interés superior del menor, respeten también estos otros intereses legítimos y, en caso de no poder respetarse estos, debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés que pueda concurrir⁴³. Además, toda medida en interés del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso.

Ahora bien, para el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 23 de febrero de 2022⁴⁴: “no cabe una invocación genérica del principio del interés del menor, pauta a la que los artículos 172.3 y 11.2 b) LOPJM supeditan el reintegro del menor a su familia de origen. Como dice la sentencia 444/2015, de 14 de julio⁴⁵: “El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2015⁴⁶). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor. Tampoco bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida””.

Por otra parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre⁴⁷ señala en su *Fundamento Jurídico tercero* que “para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio. (...) La decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, aunque es de nuestra incumbencia examinar, si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas concierne a los menores está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales” y, recuerda, con cita de numerosos pronunciamientos de este tribunal “la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la Constitución española y atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000⁴⁸, FJ 5.º). Deben procurarlo, incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre⁴⁹, FJ 2.º; y 77/2018, de 5 de julio⁵⁰, FJ 2.º). Asimismo, ha advertido el Tribunal Constitucional en todas aquellas ocasiones en las que se nos ha planteado una posible lesión del derecho fundamental de un menor; que su interés superior “inherente a algunas de las previsiones del artículo 39 de la Constitución española es, considerado en abstracto, un bien constitucional sufi-

cientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales” (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio⁵¹, FJ 7.º).

Al respecto también señala nuestro Tribunal que para valorar lo que resulta más beneficioso para el menor “ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio. (...) La decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, aunque es de incumbencia del Tribunal Constitucional examinar si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas concierne a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002⁵², FJ 4.º; y, el auto del Tribunal Constitucional 28/2001, de 1 de febrero⁵³). Porque, una vez más se ha de subrayar que “el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional”.

Es importante destacar que “justificar debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (artículo 39 de la CE), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril⁵⁴, FJ 5.º); (sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, FJ 3.º; y 2/2024, de 15 de enero⁵⁵, FJ 2.º).

Entre los valores y derechos en liza que el órgano judicial ha de incluir en su juicio de ponderación se encuentran los deseos, sentimientos y opiniones del menor. La sentencia del Tribunal Constitucional 5/2023, de 20 de febrero⁵⁶, FJ 3.º, a la que nos remitimos, analizaba las disposiciones internacionales y nacionales que tratan de garantizar la participación de las personas menores de edad en los procedimientos que les afecten, en función de su edad y madurez, así como que su opinión, libremente expresada, sea tenida en cuenta en la ponderación de lo que debe considerarse en cada caso como interés superior del menor. En línea con las disposiciones internacionales que regulan la materia, el artículo 2.2 b) de la LOP-JM establece entre esos criterios generales “la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”.

Asimismo, apunta la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en los supuestos de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, acogimiento y adopción, en consideración a que se encuentran en juego intereses de suma relevancia tanto de los menores afectados por la medida, como de sus padres, y de las personas que pretenden la adopción. Dicha doctrina se compendia en la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 28 de abril, FJ 2.º. Destaca que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender especialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de los menores, constitución de los diversos tipos de

acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de estos) guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes.

Por otra parte, glosa la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el respeto a la vida privada y familiar, recordando que la retirada de la tutela de los menores no pone fin a la vida familiar y debe estar debidamente justificada, gozando las autoridades de libertad para evaluar la necesidad de hacerse cargo de un menor, siendo necesario un control más estricto sobre las restricciones adicionales, como las impuestas sobre el derecho de visitas.

En los casos en que las autoridades deciden reemplazar la medida de acogimiento por una más radical, indica que “tales medidas solo deben aplicarse en circunstancias excepcionales y solo pueden justificarse por un requisito primordial concerniente al interés superior del menor” (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2018, asunto S.S. c. *Eslovenia*). La doctrina del Tribunal se extiende a otras relaciones familiares, en las que se pone de relieve la diferente protección que se otorga a los progenitores respecto de las relaciones con el resto de la familia extensa. A tal fin, el Tribunal ha declarado que la vida familiar abarca los lazos entre parientes cercanos, entre los que se encuentran los abuelos con sus nietos o nietas, ya que pueden jugar un papel importante en la vida familiar. Sin embargo, normalmente, la relación entre abuelos y nietos, por su propia naturaleza requiere un menor grado de protección que la de los progenitores con sus hijos.

Por otra parte, este tribunal tiene una asentada doctrina acerca de la flexibilización de las rigideces procesales y la ampliación de las facultades de los órganos judiciales en los procesos afectantes al Derecho de familia vinculada a la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la Constitución española, muy en particular, en su apartado cuarto, en tanto que configura el estatuto jurídico del menor como una norma de orden público, de inexcusable observancia por los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º).

De este modo, los poderes públicos deben procurar la satisfacción del interés del menor incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros. Hemos recordado que “Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2.º reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 de la CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos” (sentencias del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4.º; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2.º B); y 5/2023, de 20 de febrero, FJ 3.º).

En tal sentido, específicamente en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, este tribunal ha destacado que “en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos de la mayor importancia en

el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen” (sentencia del Tribunal Constitucional 114/1997, de 16 de junio, FJ 6.º; en el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3.º).

Así se ha afirmado que “dada la extraordinaria importancia que revisten los intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de preclusividad” (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2.º; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4.º; 75/2005, de 4 de abril, FJ 3.º; y 58/2008, de 28 de abril, FJ 2.º). De modo gráfico, ha indicado el Tribunal en esos mismos fundamentos en relación con tales procedimientos que “lo trascendental en ellos no es tanto su modo como el resultado”.

Finalmente, en esa misma línea argumental hemos destacado que la función encomendada en estos casos al juez no es solo la de juzgar y ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la CE), sino que, al ser concebida en el marco de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse, de acuerdo con el artículo 117.4 de la CE, aquellas funciones que la ley les atribuya expresamente en garantía de cualquier derecho (sentencia del Tribunal Constitucional 93/1983, de 8 de noviembre, FJ 3.º).

En tal sentido, los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como hemos tenido ocasión de declarar, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero, FJ 4.º), que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, FJ 2.º).

También se ha advertido entre otras en la sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º que: “El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (...). Como detalla la observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto”. Se podría afirmar que no basta procurar el interés del menor, sino que, atendido el contexto, dicho interés debe ser bien preservado, ya que en ocasiones soluciones aparentemente simples acaban por generar problemas complejos de difícil solución.

Asimismo, se ha sido destacado de modo completo en estos supuestos el criterio del retorno del menor con su familia de origen como principio rector que inspira la legislación positiva. Se puede afirmar que concurre en las autoridades

públicas “el deber positivo de adoptar medidas para facilitar la reagrupación familiar tan pronto como sea razonablemente posible empezará a pesar sobre las autoridades competentes con fuerza progresivamente creciente a partir del inicio del periodo de guarda, siempre que se sopesa con el deber de considerar el interés superior del niño” (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 30 de octubre de 2018, asunto *S.S. c. Eslovenia* § 85). De modo que “en caso de imposición de la tutela pública restringiendo la vida familiar, las autoridades tienen el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible” —sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de septiembre de 2019, asunto *Strand Lobben y otros c. Noruega*, § 205—).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2021, asunto *T.A. y otros c. Moldavia* destaca que actualmente existe un amplio consenso en que el interés del menor dicta “que deben mantenerse los vínculos del niño con su familia, salvo en los casos en que la familia haya demostrado ser *particularmente inadecuada* y ello pueda perjudicar la salud y el desarrollo del niño (...). Cortar esos lazos significa separar a un niño de sus raíces, lo que solo puede hacerse en circunstancias excepcionales (...) debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede y cuando proceda, “reconstruir” la familia” (§ 49). Reitera que puede haber “vida familiar” en el sentido del artículo 8 del Convenio “entre abuelos y nietos cuando existan vínculos familiares suficientemente estrechos entre ellos” (§ 50). Dicha relación “es diferente en naturaleza y grado” (§ 50) que la existente entre padres e hijos y por su propia naturaleza, “generalmente exige un menor grado de protección” (§ 50). En otros casos (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de enero de 2021, asunto *Terna c. Italia*) “el Tribunal ha sostenido que la protección otorgada a los abuelos no disminúa por la presencia de los padres ejerciendo la patria potestad” (§ 64), llegando a considerar en tales casos que la relación entre la abuela y su nieta “es, en principio, de la misma naturaleza que las demás relaciones familiares protegidas por el artículo 8 del Convenio” (§ 64), basándose en que se había desarrollado un estrecho vínculo interpersonal de la nieta con la abuela, quien se había comportado en todos los aspectos como su madre.

Ahora bien, relacionado con el interés del menor es el derecho de éste de ser oído o escuchado.

Hace ya más de treinta años, la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Reino de España el 30 de noviembre de 1990, dispuso en su artículo 12.2, la obligación de dar al niño “oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Pocos años después, el derecho de audiencia del menor fue recogido en el apartado 15 de la Carta europea de los derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992, al afirmar que “toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, este deberá

ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten”.

Posteriormente, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, reconoce en su artículo 24.1 que “los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez”.

En esta relación de instrumentos internacionales, debemos referirnos al Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, firmado por el Reino de España el 5 de diciembre de 1997 y ratificado mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014, en vigor desde el 1 de abril de 2015. Su objeto es promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, concederles derechos procesales y facilitarles “el ejercicio de esos derechos”; de modo que “sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial” (artículo 1.2). En “los procedimientos que afecten a un niño” la autoridad judicial, “antes de tomar cualquier decisión”, deberá “consultar personalmente al niño” de una forma “apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño” y “tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño” (artículo 6). Dicho convenio, se incardina en las normas procesales y es de aplicación específicamente —conforme establece la declaración contenida en el instrumento de ratificación— en “procesos que tengan por objeto resolver sobre aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores”.

De significativa importancia es el establecimiento en la LOPJM, tras la reforma realizada por la mencionada Ley Orgánica 8/2015, de un conjunto de garantías procesales que deberán ser respetadas al adoptar cualquier medida en interés superior de la persona menor de edad (artículo 2.5), en particular interesa destacar, como garantía procesal, “los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado” (artículo 2.5 a)).

Este derecho a ser “oído y escuchado”, alcanza una gran proyección atendido el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños y la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, al establecerse en términos absolutos en el artículo 9 de la Ley 1/1996 que el “menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad (...) en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”, añadiendo que en “los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente” (artículo 9.1). El derecho a ser oído y escuchado se garantizará “cuando tenga suficiente madurez”, precisando que la “madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso” (artículo 9.2). Finalmente, como reflejo de la previsión del apartado 15 de la Carta europea de derechos del niño, se indica que “siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución

será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión” (artículo 9.3) y, se integra en el contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE).

Es, por ello, que el derecho del menor a ser “oído y escuchado” forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo⁵⁷, FJ 5.º). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre⁵⁸, FJ 5.º; en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril⁵⁹, FJ 7.º; 152/2005, de 2 de junio⁶⁰, FFJJ 3.º y 4.º; y 17/2006, de 30 de enero⁶¹, FJ 5.º).

Este mismo Tribunal ha establecido la estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado que forma parte del contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española) y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (artículo 24.1 y 2 de la Constitución española) en un expediente de jurisdicción voluntaria, sin necesidad de ahondar en si la audiencia del menor constituye un medio probatorio y, en su caso, la naturaleza de este.

En efecto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha reconocido que la entrega a las partes del acta en que se documenta el resultado de la audiencia del menor, esto es, sus manifestaciones imprescindibles, significativas y estrictamente relevantes para la decisión del expediente, constituye “un instrumento perfectamente idóneo para procurar la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión” (sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo⁶², FJ 6.º), y con ello para preservar la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses, residenciando en los órganos jurisdiccionales la carga de salvaguardar sus derechos de defensa y contradicción, así como de que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias (sentencia del Tribunal Constitucional 12/2011, de 28 de febrero⁶³, FJ 3.º; y, las que allí se citan).

Como se afirmó en la sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019⁶⁴, FJ 7.º, refiriéndonos específicamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria, “la entrega del acta detallada a las partes, en suma, atiende a la exigencia derivada del principio procesal de contradicción, consagrado en el artículo 24 de la Constitución española. Una exigencia que, en este caso, se acentúa a la luz de lo dispuesto por el artículo 19.2 de la citada Ley 15/2015, que permite fundar la decisión judicial en los expedientes que afecten a los intereses de un menor en “cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados”.

En cuanto al derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho: el canon reforzado de motivación (artículo 24.1 de la Constitución española), esto es, el derecho a una motivación reforzada de las resoluciones judiciales, cuando está concernido el interés superior del menor.

Una vez realizadas las precisiones anteriores, procede abordar la eventual lesión del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (artículo 24 de la CE), en relación con el reconocimiento de la filiación, concebido como uno de los aspectos esenciales que configuran la identidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución española), y con la protección de la familia y de los niños (artículo 39 de la Constitución española).

Al respecto, es doctrina reiterada de este tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, en esencia, no se agota en el derecho a acceder al proceso y a solicitar a los órganos judiciales la tutela de los derechos e intereses legítimos, sino que comprende, además, obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y fundada en Derecho, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente. Procede recordar respecto de esta última vertiente del genérico derecho a la tutela judicial efectiva que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. A tal efecto, es preciso señalar, “que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4.º; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4.º; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3.º; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3.º; 109/2006, de 3 de abril, FJ 5.º; y 215/2006, de 3 de julio, FJ 3.º, entre otras)” (sentencia del Tribunal Constitucional 132/2007, de 4 de junio, FJ 4.º).

Como ha manifestado el Tribunal Constitucional también en numerosas ocasiones, cuando lo que está en juego son, precisamente, los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos, el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del artículo 24.1 de la Constitución española no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, de modo que nuestra jurisprudencia exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Constitucional 81/2018, de 16 de julio, FJ 3.º; 9/2020, de 28 de enero, FJ 6.º; y, 113/2021, de 31 de mayo). Dado que la demandante de amparo identifica varios principios y valores constitucio-

nales como aquellos que podrían haberse visto afectados por la medida, procede deslindarlos antes de enjuiciar el caso concreto.

Una de las consecuencias que se deriva directamente de la exigibilidad de atender al interés superior del menor, es la imposición por nuestra doctrina de un deber de motivación reforzada de la correspondiente resolución judicial. Así por ejemplo, hemos declarado en la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3.º, que “el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la Constitución española y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales”. Se trata, por tanto, como indica el *Fundamento Jurídico* 5.º de la misma sentencia, de un canon “reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del artículo 39 de la Constitución española”; de modo que la fundamentación judicial “debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir”.

También la sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6.º, recogiendo lo expresado en otras anteriores, afirma que “hemos considerado que la fundamentación “debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio” (sentencia del Tribunal Constitucional 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5.º); o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio (sentencia del Tribunal Constitucional 127/2013, de 3 de junio, FJ 6.º); y hemos afirmado que, el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y, proporcionalidad de la medida adoptada (sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6.º)”.

Y en la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2020, FJ 3.º se ha señalado que “justificar debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (artículo 39 de la Constitución española), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril, FJ 5.º)”.

Respecto a la motivación reforzada (artículo 24.1 de la Constitución española) en la determinación de la filiación, en la protección de la familia y del interés superior de las personas menores de edad. El Tribunal Constitucional ha subrayado así que “establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva

de entablar relaciones con otras personas” (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4.º).

Nuestra jurisprudencia constitucional ha identificado distintos atributos esenciales que configuran la identidad propia de cada persona, véase, la voz y el nombre (sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril, FJ 3.º); el nombre y los apellidos (sentencias del Tribunal Constitucional 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5.º; y, 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 2.º); el sexo (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4.º); la expresión de género (sentencias del Tribunal Constitucional 67/2022, de 2 de junio, FJ 3.º); y, la edad (sentencia del Tribunal Constitucional 130/2022, de 24 de octubre, FJ 4.º). En la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4.º, este tribunal reconoció también el vínculo entre el derecho del hijo a conocer su identidad y la obligación que el artículo 39.2 de la Constitución española impone a los poderes públicos de posibilitar la investigación de la paternidad, entendida como paternidad biológica.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento constitucional, la determinación de la filiación no solo permite al individuo establecer su propia identidad y desarrollar libremente su personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española), sino que sirve también al fin de garantizar la efectividad de la obligación que incumbe a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la Constitución española); así como la obligación que incumbe a los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda (artículo 39.3 de la Constitución española); en tanto se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial.

En este contexto procede referirnos a la aplicación tanto el interés superior del menor como el canon reforzado de motivación (artículo 24.1 de la Constitución española): derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho por parte del Tribunal Constitucional, sala Segunda, en dos sentencias de adopción. La primera ya citada de 27 de febrero de 2024 referida a un caso de maternidad subrogada dispone al respecto que: “es doctrina reiterada de este tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, en esencia, no se agota en el derecho a acceder al proceso y a solicitar a los órganos judiciales la tutela de los derechos e intereses legítimos, sino que comprende, además, obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y fundada en Derecho, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente. Procede recordar respecto de esta última vertiente del genérico derecho a la tutela judicial efectiva que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. A tal efecto, es preciso señalar, “que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premi-

sas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4.º; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4.º; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3.º; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3.º; 109/2006, de 3 de abril, FJ 5.º; y 215/2006, de 3 de julio, FJ 3.º, entre otras)” (sentencia del Tribunal Constitucional 132/2007, de 4 de junio, FJ 4.º)”.

Como se ha manifestado en líneas precedentes que, cuando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos, el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del artículo 24.1 de la CE no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, de modo que nuestra jurisprudencia exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Constitucional 81/2018, de 16 de julio, FJ 3.º; 9/2020, de 28 de enero, FJ 6.º; y, 113/2021, de 31 de mayo).

Es, por ello, que en este caso la motivación reforzada (artículo 24.1 de la Constitución española) en la determinación de la filiación, en la protección de la familia y del interés superior de las personas menores de edad. Se ha subrayado por el Tribunal Constitucional que “establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas” (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4.º).

2. EL EJERCICIO CONJUNTO O INDIVIDUAL DE LA PATRIA POTESTAD: LOS DESACUERDOS ENTRE LOS PROGENITORES

Establece el artículo 156 párrafo 1.º del Código Civil que “*la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores (...)*”. Se parte de la regla general de la actuación conjunta⁶⁵. No obstante, antes las dificultades que se puedan derivar de la exigencia de una actuación conjunta en el ámbito ordinario de la patria potestad, el citado precepto prevé que pueda ejercerse la patria potestad “*por uno de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro*”⁶⁶. En todo caso, esta forma de actuar supone un ejercicio conjunto de la patria potestad, aunque en la práctica, opere en la toma de decisiones y su aplicación uno de los progenitores, aunque con el consentimiento expreso o tácito del otro. No plantea problemas los consentimientos expresos, en cuanto al tácito, como precisa CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ es el deducido de la conducta del otro progenitor y algunos autores lo han recibido con cierta cautela y limitar su campo al ejercicio ordinario”⁶⁷. En todo

caso, para FUENTE NORIEGA ha de tratarse de actos inusuales y excepcionales o exigir el consentimiento expreso para los supuestos en los que pese a existir acuerdo entre los padres, puede ofrecer, sin embargo, dudas⁶⁸. De todas formas, BALLESTEROS DE LOS RIOS precisa que la actuación sin observar el consentimiento es anulable (artículos 1301 a 1322 del Código Civil)⁶⁹.

Ahora bien, se ha planteado por la doctrina la posibilidad de consentimientos generales por el que uno de los progenitores autoriza al otro en el ejercicio de la patria potestad. El citado autor CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ los define como “acuerdos de carácter voluntario entre los padres que viven juntos por medio de los cuales, buscando el interés del hijo (y con él, el de la familia), establecen una ordenación del ejercicio de la patria potestad. Adaptándolo a sus circunstancias personales y familiares, de manera que bien se distribuyen entre sí todas o partes de las funciones de la patria potestad, bien uno de ellos autoriza al otro o ambos se autorizan recíprocamente entre sí, para la actuación o ejercicio de todas o parte de aquellas”. Y destaca, asimismo, su finalidad que “es la de conseguir un mejor ejercicio de la patria potestad, bien limitado a la esfera externa (consentimiento como mero apoderamiento), bien incluso en la interna (produciendo una auténtica distribución de funciones)”⁷⁰. Ciertamente, en el escaso margen que en Derecho de Familia se posibilita a la autonomía de la voluntad, no cabe duda de la posibilidad de tales consentimientos, máxime si tenemos presente que puede haber un desplazamiento por motivos laborales de uno de los progenitores o se tomen en relación con lo que supone el ejercicio ordinario de la patria potestad, evitando con ello las discrepancias, siempre pensando en el interés superior del menor. Si bien, estos consentimientos generales puede ser revocables y pueden adoptarse en documento público o privado. De incluirse en capitulaciones matrimoniales, se exige escritura pública⁷¹. En el CCC se admiten estos consentimientos generales, si bien, se exige escritura pública. Así el artículo 236-9.2 dispone que “los progenitores pueden otorgarse poderes de carácter general o especial, revocables en todo momento. Los poderes de carácter general deben otorgarse en escritura pública y deben revocarse mediante notificación notarial”.

Por su parte, el artículo 236-9 del citado cuerpo legal establece, al respecto que: 1. Los progenitores pueden acordar que uno de ellos ejerza la potestad parental con el consentimiento del otro o que la ejerzan ambos con distribución de funciones; 2. Al efecto de lo establecido por el apartado 1, los progenitores pueden otorgarse poderes de carácter general o especial, revocables en todo momento. Los poderes de carácter general deben otorgarse en escritura pública y deben revocarse mediante notificación notarial.

De igual manera, se pronuncia la Ley 67 a) del FNN cuando señala que: “Los deberes y facultades inherentes a la responsabilidad parental y todas las decisiones derivadas de los mismos se ejercerán y adoptarán por los progenitores según lo convenido y, en defecto de pacto, por ambos conjuntamente o por uno solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro”.

Por otra parte, también establece el artículo 156 párrafo 1 del Código Civil la validez de los actos que realice uno de los progenitores “conforme al uso social y las circunstancias” o “en situaciones de urgente necesidad”. Igualmente, referido a las actuaciones “ordinarias” y “cotidianas”, y a aquellas situaciones que no admiten dilación por suponer un grave perjuicio para los intereses del hijo⁷². Se parte

de la validez de los actos, como si hubieran actuado los dos progenitores. Se alude al uso social y las circunstancias. El empleo de la copulativa “y” puede determinar la exigencia de que operen los dos supuestos concretados en el precepto. Si bien, parece entender como más correcto la concurrencia de uno u otro en la actuación particular. Aunque para ello debería haber empleado la disyuntiva “o”. De ahí que, por razones prácticas los consideremos conceptos alternativos en su operatividad. En todo caso, el calificativo de sociales hace que se excluya de su ámbito objetivo a los usos jurídicos y de la familia en concreto o del grupo familiar⁷³; y, que se trate de uso, además de normal e intrascendente, también frecuente⁷⁴. Por su parte, el artículo 67.2 a) del CFA “circunstancias familiares y el uso del lugar”; e, igualmente, el artículo 236-8.2 letra c) del CCC se refiere al uso social o las circunstancias familiares, normalmente realiza una persona sola, cualquiera de los progenitores puede actuar indistintamente.

En cuanto a las circunstancias, como dispone la normativa foral, serán las familiares⁷⁵. Si bien algún autor entiende que se refieren a las del hijo⁷⁶.

En fin, urgente necesidad son actuaciones que no admiten demora y como precisa BALLESTEROS DE LOS RÍOS alcanza a la esfera personal y patrimonial y se admite el ejercicio exclusivo de uno de los progenitores, al no ser posible el consentimiento de ambos⁷⁷. Esta expresión significa, en consecuencia que, cada uno de los progenitores podrá actuar de forma individual tanto en la esfera personal como patrimonial⁷⁸ cuando el acto no admita demora en su ejecución⁷⁹.

A. Los desacuerdos entre los progenitores: simples u ocasionales y reiterados

En este contexto, el Código Civil se refiere a los posibles desacuerdos de los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad estableciendo para ello dos medidas: la primera se refiere al desacuerdo entre los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad en un asunto concreto y puntual, estableciendo que *“en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, 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 a uno de los progenitores”* (artículo 156 párrafo 3.º del Código Civil). En este supuesto, el juez atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre conforme a la solución propuesta por cada uno de ellos. Se trata de un desacuerdo puntual y, en la que el progenitor al que se atribuye la facultad de decidir no puede actuar de forma diferente a la opción presentada por él, salvo la aparición de nuevas circunstancias no existentes inicialmente⁸⁰; y, la segunda de las medidas responde a los supuestos de desacuerdos reiterados o que concurren una causa singular, disponiendo al respecto que: *“si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá —la autoridad judicial— atribuir total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”* (artículo 156 párrafo 3.º del Código Civil). De todas formas, si estamos ante esta situación, la realidad es que se anticipa que, a corto plazo nos vamos a encontrar ante una crisis matrimonial o de pareja. De todas formas, conviene precisar que, lo que acuerda el juez es cuál

de los progenitores ha de decidir, cuando la decisión conjunta o común no resulta posible como consecuencia de un desacuerdo ocasional. No decide por los progenitores directamente, aunque si indirectamente, pues, para adoptar la correspondiente resolución debe valorar, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cuál de las posiciones discrepantes es la más adecuada al interés superior del menor. Los desacuerdos puntuales, son desacuerdos esporádicos o aislados y, aunque pueden ser continuos en el tiempo, no pueden mantenerse de forma indefinida⁸¹.

En consecuencia, mediante resolución judicial el ejercicio conjunto de la patria potestad puede operar mediante: 1. La atribución del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores⁸²; 2. La atribución de ciertas funciones de la patria potestad a uno solo de los progenitores, subsistiendo la regla de la actuación conjunta para las demás; y, 3. La distribución de las funciones de la patria potestad entre los progenitores. En todo caso, cualquier tipo de atribución que excluya la regla general de actuación conjunta en el ejercicio de la patria potestad no podrá exceder de los dos años. Se trata, por tanto, de una decisión de carácter temporal —no puede exceder de dos años—; y, según parte de la doctrina prorrogable, sin perjuicio que, resulte conveniente el cese de la misma o la adopción de otra distinta; o que si la actitud discrepante de los progenitores termina antes de ese plazo de dos años, se proceda al cese de cualquiera de las medidas adoptadas en relación con el ejercicio de la patria potestad⁸³.

También alude al plazo de dos años, el artículo 236-13.2 al disponer: “3. *En los procedimientos que se sustancian por razón de desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental, los progenitores pueden someter las discrepancias a mediación. Asimismo, la autoridad judicial puede derivarles a una sesión previa de carácter obligatorio para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación. Si así lo acuerdan las partes, a las que debe escucharse, esta sesión puede continuar, en el mismo momento o en uno posterior, con una exploración del conflicto que les afecta. Las partes pueden participar en la sesión previa y en la mediación asistidas por sus abogados. Esta asistencia es necesaria si lo requieren las partes o si así lo dispone la autoridad judicial y debe desarrollarse siempre con pleno respeto por los principios de la mediación y por la igualdad entre las partes*”. Sin embargo, no fija plazo el CFA en cuyo artículo 74.2 dispone que: “cuando la divergencia sea reiterada o concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar, el Juez podrá atribuirlo total o parcialmente a uno solo de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. *Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije*”.

En cualquier caso, el Juez habrá de ponderar los factores en juego y, como criterio principal el interés superior del menor⁸⁴. En esta línea, NEVADO MONTERO precisa, al respecto que “la resolución siempre tendrá como fundamento la salvaguarda del interés superior del menor, por lo que no se pueden dar soluciones generalizadas, sino que habrá de analizarse ponderadamente y de manera cuidadosa cada caso, acudiendo a los usos familiares, los pactos habidos entre las partes y las valoraciones y pruebas que cada progenitor aporte en cuestión”⁸⁵.

Ahora bien, al régimen jurídico para resolver los desacuerdos de los progenitores previstos en el Código Civil tiene una base esencialmente judicial; lo que no se contempla en los derechos forales que prevén una alternativa a la intervención judicial. Así, el artículo 74.1 del CFA: “en caso de divergencia en el ejercicio de la

autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin". Si bien, la Ley 67 letra d) del FNN también se refiere a la mediación: "en los procedimientos iniciados por motivo de desacuerdos, los progenitores pueden someter sus discrepancias a mediación". En consecuencia, si no decide el Juez, lo hace la Junta de Parientes o en todo caso recurrir a la mediación. En CCC en su artículo 236-13, asimismo, se opta por la mediación. Así en su apartado 3 señala que: "En los procedimientos que se sustancian por razón de desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental, los progenitores pueden someter las discrepancias a mediación. Asimismo, la autoridad judicial puede derivarles a una sesión previa de carácter obligatorio para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación. Si así lo acuerdan las partes, a las que debe escucharse, esta sesión puede continuar, en el mismo momento o en uno posterior, con una exploración del conflicto que les afecta. Las partes pueden participar en la sesión previa y en la mediación asistidas por sus abogados. Esta asistencia es necesaria si lo requieren las partes o si así lo dispone la autoridad judicial y debe desarrollarse siempre con pleno respeto por los principios de la mediación y por la igualdad entre las partes".

En este contexto, los supuestos más habituales de desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad suelen ser: si el menor va o no a una determinada guardería; escolarización del menor: si va a un colegio público o privado o concertado; religión: si el menor recibe el bautismo; o hace la primera comunión —y sobre la elección del lugar, la vestimenta de la celebración; la asistencia al convite, pago al convite y demás gastos, entre otros—; su orientación religiosa; si es posible o no cambiar de domicilio al menor, alejándolo de su entorno habitual; la elección del nombre o el orden de los apellidos; si se pueden realizar actividades extraescolares o no (campamentos de verano, deportes, música, clases de idiomas); como aquellas que impliquen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores; tratamientos médicos; terapias, vacunaciones; elección de especialista médico —terapias psiquiátricas o psicológicas—; cambio de domicilio: especialmente, su afecta al régimen de visitas; el lugar de residencia del menor y los posibles traslados del mismo; la negativa de firmar la autorización para que si expareja viaje al extranjero con sus hijos; y, fotos y redes sociales: se precisa la autorización de ambos progenitores para que las fotografías de los hijos menores tengan acceso a la red y, mientras sea la guarda y custodia compartida —que es lo habitual— debe contarse con la aprobación y consentimiento de ambos para su publicación.

Por lo general, en la toma de estas decisiones el ejercicio de la patria potestad es conjunto tanto constante matrimonio o de normalidad familiar —pareja de hecho— como en caso de progenitores que no conviven o se separan o divorcio. Se puede atribuir la guarda y custodia a uno de los progenitores, pero el ejercicio de los derechos y deberes (educarlos, alimentarlos, representarlos legalmente, o administrar sus bienes, etc.) continua siendo compartido. Si bien, por razones prácticas, si se trata de decisiones ordinarias relativas a la vida cotidiana del menor: horarios de comidas o de sueño, tipo de ropa o calzado a utilizar, adquisiciones de material escolar o de un determinado juguete, contenido de programas de televisión, etc., la toma de cesión corresponde al progenitor no custodio. Por

el contrario, si se trata de decisiones extraordinarias que tienen una especial relevancia o trascendencia en la esfera personal del hijo menor de edad; así que se requiere inexcusablemente el consentimiento de ambos progenitores para poder llevarse a cabo.

B. Supuestos concretos de desacuerdos o divergencias entre los progenitores

Se considera que la *determinación de domicilio* es una decisión incardinada en el ejercicio de la patria potestad y, en consecuencia, de decisión conjunta. Por tanto, la decisión unilateral de cambio de domicilio no se encuentra regulado en el Código Civil; si en el artículo 211-6 del Código Civil y, exige el acuerdo de ambos progenitores. Ahora bien, tanto la determinación del domicilio como su posterior cambio si existe una discrepancia entre los progenitores constante la relación convivencial, pueden acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria y, a la subsiguiente aplicación del artículo 156 del Código Civil en los términos analizados. Si hay una situación de crisis matrimonial, se fija en convenio regulador a qué progenitor se le atribuye la guarda y custodia y el uso de la vivienda familiar (domicilio); y, si ha tenido lugar un cambio de domicilio por el progenitor custodio sin contar con el no custodio, se puede utilizar por este último, el procedimiento de modificación de medidas, si se considera que el nuevo domicilio de los hijos menores impide, por ejemplo, el régimen de visitas.

En consecuencia, uno de los conflictos familiares es el que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio. Una de las facultades que traen causa de la patria potestad es entre otras la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura. El artículo 19 de la Constitución Española determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca.

Precisamente, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014⁸⁶ el problema que se suscita, es sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia. Ocurre en este caso que hay un evidente desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hijo, razón por la que se ha acudido a la autoridad judicial, que lo ha resuelto manteniendo al hijo bajo la custodia de su

padre en España; pronunciamiento que no responde al interés del menor afectado por una solución indudablemente conflictiva, pero ajustada a una realidad, cada vez más frecuente, que no es posible obviar, como es el de matrimonios mixtos. Y es que una cosa es que el padre tenga las habilidades necesarias para ostentar la custodia del niño, y que no se aprecie un rechazo hacia alguno de ellos, y otra distinta el contenido y alcance de esas habilidades respecto de un niño, de corta edad, que ha creado unos vínculos afectivos con su madre con la que ha permanecido bajo su cuidado desde su nacimiento hasta la fecha, incluido los dos años de separación de hecho en el que marchó de Tomelloso a Burgos, ciudad en la que fijó su residencia, con contactos mínimos y esporádicos a partir de entonces con su padre. El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, como argumenta la sentencia, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España. La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo en España. No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores. De ahí que, se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él.

Con anterioridad, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012⁸⁷ entiende la solución adoptada por la Audiencia que deja a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos-deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor y, deja, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de una niña el desplazamiento que se interesa, adoptando incluso un régimen de visitas absolutamente indeterminado y en función de un posible desplazamiento de la menor al extranjero vinculado a la guarda y custodia de la madre que, tampoco ha sido definido ni en cuanto al tiempo de permanencia, ni en razón las circunstancias concurrentes, procede a la devolución de los autos a la Audiencia para que dice nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte y en su vista acuerde el régimen de guarda y custodia y fije un régimen de visitas justo, equitativo y estable que garantice los derechos de la menor y sus padres.

Por su parte, para la expedición del pasaporte a los hijos menores de edad el Real Decreto 411/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio⁸⁸, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, requiere el consentimiento de ambos progenitores, si tiene la titularidad de la patria potestad. Así el artículo 4.2 dispone que: “2. Cuando la persona que solicite la expedición del pasaporte fuera menor de edad y no estuviera en posesión del documento nacional de identidad, por no estar obligado a su obtención, deberá aportar una certificación literal de nacimiento expedida por el Registro Civil correspondiente con una antelación máxima de seis meses a la fecha de presentación de la solicitud de expedición del pasaporte y que contengan la anotación de que se ha emitido a los solos efectos de la obtención de este documento.

Para la expedición del pasaporte a los menores de edad deberá constar el consentimiento expreso de quienes tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad (...) con la indicación, por su parte, de que su ejercicio no se encuentra limitado para prestarlo, debiendo en caso contrario suplir su falta con autorización judicial. Este consentimiento se prestará ante el órgano competente para la expedición del pasaporte. También podrá prestarse ante fedatario público, en cuyo caso, deberá acompañarse a la solicitud, copia auténtica del documento del que resulte el citado consentimiento. En el momento de prestar el consentimiento, las personas que tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad (...) deberán acreditar su identidad con el documento nacional de identidad en vigor, en el caso de ciudadanos españoles, o con el número de identificación de extranjeros, o documento oficial válido para entrar o residir en España, también en vigor, en el caso de los extranjeros, salvo que la tutela hubiese sido asumida por ministerio de la ley. Además, se deberá acreditar la relación de parentesco, o condición de tutor, mediante la presentación de cualquier documento oficial al efecto”. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 12 de enero de 2018⁸⁹ resuelve sobre la solicitud al Juzgado por parte de la madre para que se le atribuyese la facultad de decidir sobre la obtención del pasaporte para su hijo, pues, pensaba viajar a Ecuador, a lo que se oponía el padre. De ahí que, el expediente de jurisdicción voluntaria seguido a instancia de Doña Maribel, frente a D. Lázaro tenía por objeto determinadas discrepancias en el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo común Victorino, cuya guarda tenía la madre del mismo, en virtud de sentencia de divorcio de 26 de septiembre de 2012. Se planteaba por la madre la autorización de la misma, sin necesidad del consentimiento del progenitor, no dispuesto a prestarlo, para la obtención de pasaporte del menor, con la finalidad de efectuar un viaje a Ecuador, desde el 12 de marzo al 2 de abril de 2016, al objeto de visitar a sus familiares. El Auto resolutorio del expediente, tras el informe favorable del Ministerio Fiscal, autorizó tal desplazamiento, al no apreciar signos del no retorno a España, cuando se había acreditado la obtención de billetes de ida y vuelta. El progenitor se ha alzado contra la indicada resolución, aclarada por Auto posterior de 26 de febrero de 2016. El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso de apelación y ha solicitado la plena confirmación del auto objeto del mismo. En todo caso, el recurso de apelación se desatiende, precisamente, por carencia sobrevenida de objeto, dado que la autorización del desplazamiento a Ecuador del menor, junto a su progenitora, tenía por fechas desde el 12 de marzo al 2 de abril de 2016, es decir que en el tiempo del dictado de nuestra resolución, ya han transcurrido 1 año y 8 meses desde la

programación del viaje y su realización, lo que hace insostenible la pretensión del recurso por carencia sobrevenida de objeto, a tenor del artículo 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En virtud de ello procede dar por terminado el procedimiento, en la presente alzada procedimental, sin estimación del recurso de apelación, y sin especial declaración de condena a las costas procesales.

En cuanto a los *sacramentos como el bautismo*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2013⁹⁰ señala que: aunque los hijos menores de edad quedarán en compañía y bajo la custodia de D. Fructuoso; la patria potestad continuará ejerciéndose de modo conjunto por ambos padres. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a al/los menor/es serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo, y en caso de discrepancia resolverá el juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones: a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales; b) Elección inicial o cambio de centro escolar; c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias; d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones); y, e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos. Se reconoce al progenitor no custodio el derecho a obtener información sobre la marcha escolar de el/los menor/es y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrá recabar información médica sobre los tratamientos de su/s hijo/s. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 20 de febrero de 2023⁹¹ entiende que la autorización judicial para la administración del bautismo y la asistencia a la asignatura de religión acordada se ha hecho sin la audiencia del menor de siete años. De forma que, el expediente de jurisdicción voluntaria se ha tramitado sin la debida comparecencia del menor, cercenando con ello los derechos a la proposición y práctica de la prueba, así como el derecho del menor a ser oído. En consecuencia, entiende el tribunal de garantías que se ha vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Resultan interesantes, por un lado, el auto de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 9 de febrero de 2017⁹² en el que se desestima la solicitud de la madre sobre la autorización para que su hija, ante la expresa oposición del padre, reciba los sacramentos del bautismo, penitencia y eucaristía. A la niña que tiene 9 años de edad no se le da audiencia, pues, la Sala considera que con tal edad no permite valorar que la menor tenga suficiente madurez para responsabilizarla de una decisión como es el bautismo o ingreso en la Iglesia Católica, para la que la propia Iglesia Católica viene exigiendo “tener una edad suficiente para pensar y decidir”, que actualmente, de hecho, sitúa no antes de los 12 años, pues no antes de esa edad se recibe el Sacramento de la Confirmación, que no es sino confirmación del Bautismo realizado por los padres. La Iglesia Católica, actualmente, coincide con la normativa civil en situar la edad de los 12 años como la edad en que con carácter general se puede afirmar la madurez necesaria para tomar algunas decisiones como la de autos, y desde luego para ser oído. Además, en el caso de autos, si bien, es cierto que los padres contraieron matrimonio canónico, como señala la madre, también decidieron, cuando nació, de común acuerdo, no bautizar

a la menor y que fuera la menor la que decidiera la manera de ejercer su derecho a la libertad religiosa cuando alcanzase los 13 o 14 años como dice el padre. Los padres de común acuerdo llevaron a la menor a un Colegio Público en Burgos. Luego la madre en Palencia, continuó llevándola a un Colegio Público, donde está matriculada en la clase de Religión Católica, como optativa; decisión que el padre afirma fue tomada unilateralmente por la madre cuando trasladó su residencia y la de la menor a Palencia, pero que no obstante no estar de acuerdo, no la impugnó judicialmente para no causar perjuicios a su hija una vez comenzado el curso lectivo. La madre unilateralmente, y sin consultar al padre apuntó a la menor a la catequesis de la Parroquia de la Localidad de Palencia; decisión respecto de la que el padre exteriorizó su oposición, tan pronto tuvo conocimiento, remitiendo escrito en tal sentido a la Diócesis de Palencia. Teniendo en cuenta el inicial acuerdo de los progenitores para dejar que la menor decidiera como ejercer su libertad religiosa, sin decidir por ella su adscripción a una confesión religiosa; no resulta justificado apartarse de lo convenido por éstos, pues difícilmente se puede admitir la existencia de discriminación de la menor por sus compañeros de Colegio por el hecho de no tomar la Comunión, cuando asiste a un Colegio Público y, por tanto, con un ideario aconfesional.

En todo caso, tanto la solicitud de la madre como la petición del padre son opciones muy respetables, y tanto una como otra compatibles con la protección del interés del menor. Por ello no puede darse una solución generalizada, sino que habrá que analizar ponderadamente las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta los usos sociales o familiares, en su caso, la existencia de pacto entre padres, incluso las propias valoraciones que cada uno haga de la cuestión.

Y, por otro respecto a las clases de religión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 4 de marzo de 2009⁹³ en que se desestima la modificación de medidas solicitada por el padre, para que la hija común dejara de acudir a clase de religión en el centro escolar. Como punto de partida, señala que los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa. Asimismo, se indica que, no solo no se acredita, sino siquiera se expresa que de la autorización concedida resulte un concreto perjuicio, perturbación, molestia o incomodidad para Juliana, o pueda constituir un peligro para su formación integral. Tampoco se ha acreditado que ello pueda imposibilitar o lastrar decisivamente las iniciativas que el padre pueda tener en orden a transmitir a su hija las enseñanzas y orientaciones que tenga por conveniente. Realmente, no se alega intención de dispensar una formación determinada radicalmente incompatible con la religión católica, y no creemos que la educación que se reciba en las clases de religión sea excluyente de la formación que quiera transmitir el padre, e imposible esta. En síntesis, el apelante no ha expuesto un proyecto de formación que sea radicalmente incompatible o excluyente con respecto a la mera asistencia a clases de religión en el colegio, seleccionado, como se dijo por el padre, en ausencia de indicio alguno mínimamente suficiente para pensar que tal educación pueda anular el libre desarrollo integral de la menor y su capacidad de autodeterminación futura con respecto al hecho religioso, en sintonía con el actuar precedente de esta familia, al que también previamente hicimos referencia. Todo ello nos conduce a la desestimación del recurso, con confirmación de la sentencia apelada, que es correcta,

como conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto no vulnera precepto alguno sustantivo ni constitucional.

Por lo demás, se comparte el razonamiento contenido en la resolución disidente en orden a que ha sido la madre quien de manera directa y personal, aquí añadimos, y con anuencia del padre, no olvidemos que la custodia se pactó a favor de aquella en convenio regulador; se ha ocupado del cuidado de la menor, siendo legítimo que quiera hacerla partícipe de sus creencias, cursando religión en su centro escolar, lo que ningún peligro en principio entraña, para la educación, formación integral y desarrollo de Juliana. La excusa de que la propia hija decida por sí misma al alcanzar la mayoría de edad o la madurez suficiente resulta inconsistente, de todos modos Juliana en su momento decidirá por sí misma al ser mayor de edad, o incluso antes. Por todo ello, no se acredita en esta alzada error en la valoración del material probatorio obrante en autos, o de aplicación o interpretación de la norma en vigor por parte del Juez “*a quo*”, cuyas inferencias no se advierten absurdas, irracionales, arbitrarias o contrarias a la elemental lógica humana, y cuyo criterio no puede ser sin más sustituido por el subjetivo e interesado del apelante, que no ofrecerse para ello razones solventes y de peso, y en cuya línea de discurso, la supuesta vulneración a que se alude resultaría más proyectable, de denegarse, como sinónimo de prohibirse, que de autorizarse la discutida asistencia a las clases de religión, en cuanto en este caso no se impone judicialmente, sino que solamente se faculta a la madre, a cuyo criterio queda la decisión.

En relación con *la primera comunión*, los gastos del evento religioso son obligatorios y necesarios por los que ambos progenitores pueden pagarlos. Sin embargo, los gastos de celebración tales como el convite y actividades lúdicas asociadas, etc., como los del evento religioso (vestidos, zapatos, invitaciones, tarjetas de comunión o christmas comunión, etc.) no son necesarios; por lo que, si uno de los progenitores se niega, los gastos deberán correr a cargo del progenitor que quiere realizarlo⁹⁴. Respecto a la catequesis previa a la comunión, el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.^a, de 17 de mayo de 2019⁹⁵ se autoriza judicialmente a que la hija menor de edad comience la catequesis de preparación para recibir la Primera Comunión, pues, la menor acude a un colegio religioso y ha manifestado su deseo de hacer la Primera Comunión junto al resto de sus compañeros y, además, no se aprecia que la asistencia a catequesis le pueda causar un perjuicio a la menor, que con los años podrá optar por profesar o no la Religión Cristiana. En todo caso, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 26 de marzo de 2018⁹⁶ no concede la indemnización por daño moral que solicita el padre por no comunicarle la madre la fecha de la primera comunión de la hija común, al entender la Audiencia que no existe nexo causal entre el supuesto de acto voluntario de la madre y la consecuencia lesiva que se reclama.

En cuanto a la *orientación religiosa del menor y la de los padres* se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. Así, la sentencia, Sala Segunda, de 29 de mayo de 2000⁹⁷ dispone que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales a la libertad de creencias y a su integridad moral, son que el ejercicio de los mismos y su facultad de disponer sobre ellos pueda decidirlo aquellos que tengan atribuida la guarda y custodia. Asimismo, la sentencia, Pleno, de 14 de febrero de 2024⁹⁸ se ha atribuido al padre la facultad de elegir el centro escolar (colegio concertado religioso) y a la madre la de decidir sobre la matriculación o

no en la asignatura de religión. Con ello considera el tribunal de garantías que se han soslayado el conflicto entre los derechos fundamentales de ambos progenitores y no han acertado en identificar el interés superior del menor. Dada la inmadurez de la menor para el pleno ejercicio de su libertad religiosa (4 años), su interés superior debió identificarse con la obligación de atender a que sus convicciones religiosas pudieran formarse sin predeterminaciones escolares. Se ha optado por los órganos judiciales, añade el Tribunal, por atribuir la facultad de elegir centro escolar al progenitor favorables a una educación católica, lo cual no puede entenderse justificado en interés superior del menor, a que, el seno de una familia con convicciones religiosas divergentes, pueda ir desarrollando sus propias creencias en un contexto escolar libre de adoctrinamiento. De ahí que, otorgue el amparo solicitado por la madre.

De forma crítica RODRIGO LARA señala que “cuando el Tribunal Constitucional argumenta jurídicamente que la mejor forma de proteger la libertad de creencias del menor en aras de su propio interés es despojándola de una educación en un centro religioso, como su de una “contaminación” se trata (...) es cuando el Tribunal realiza una interpretación laicista de los artículos 16.3 y 27.3 de la CE, quebrando con el principio de aconfesionalidad, entendido como laicidad positiva, que es la que configura nuestro texto constitucional”⁹⁹.

Nadie duda de la libertad religiosa del menor y de los padres, pero también que la Constitución española parte de la aconfesionalidad del estado, no de su laicidad, como equivocadamente se suele argumentar.

En esta línea, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en sentencia de 26 de mayo de 2025¹⁰⁰ prioriza la libertad religiosa del menor en caso de desacuerdo de los padres. En esta resolución cuyo ponente ha sido el magistrado Juan Carlos Campo Moreno, ha rechazado por unanimidad el recurso de amparo formulado por el progenitor de un menor nacido en 2016, en el que cuestionaba las decisiones judiciales que resolvieron el desacuerdo parental sobre la formación moral y religiosa de su hijo común. El Tribunal ha considerado que estas decisiones fueron proporcionadas y respetuosas con la libertad religiosa del padre, la del hijo menor y con su interés superior. En el caso analizado, los órganos judiciales, en protección de la identidad religiosa del menor, acordaron otorgar a su madre “el ejercicio exclusivo de la patria potestad, respecto de la facultad de decidir sobre las decisiones de formación religiosa del menor hasta que tenga 12 años, mediante la formación en valores de su hijo (...), excluyendo, la adscripción efectiva a una confesión religiosa, y en consecuencia, prohibiendo expresamente al padre llevar a su hijo (...) a la iglesia evangélica, ponerle pasajes bíblicos en la tablet, y, en suma, adoctrinarle en la fe evangélica”. El demandante de amparo (padre del menor) consideró indebidamente limitada su propia libertad religiosa (artículo 16.1 de la Constitución española) por entender que, en su esfera privada, estaba facultado a compartir y enseñar a su hijo su fe religiosa y valores, a acompañarle a la iglesia y a leerle la Biblia. Entendía, por tanto, que su derecho a la libertad religiosa le otorga el de transmitir a sus hijos sus creencias, incluso con la oposición de la otra progenitora. Se quejaba también de que la decisión judicial impedía que su hijo menor de edad recibiera una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (artículo 27.3 de la Constitución española). El Tribunal Constitucional, aplicando su propia jurisprudencia (sentencias del Tribunal Constitucional

141/200, de 29 de mayo; y 26/2024, de 14 de febrero) y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto T.C. contra Italia, de 19 de mayo de 2022), ha puesto de relieve que los derechos fundamentales que el recurrente aduce en su favor están íntimamente relacionados con los del hijo común menor de edad (su propia libertad religiosa), por lo que la adecuada resolución del desacuerdo entre los progenitores no puede dejar de tomar en consideración su contenido ni, en caso de conflicto, el interés superior del menor, tal y como defendió en el proceso de amparo el ministerio fiscal.

Dado que —en este caso— la conducta del progenitor que es cuestionada por su excónyuge no tiene que ver con la elección de centro escolar, el Tribunal Constitucional ha descartado que se encuentre afectado el “derecho a que los hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (artículo 27.3 de la Constitución española) pues, encontrando dicho derecho su cauce de realización en el sistema educativo a través de la voluntaria selección de centro docente, su contenido no se ha visto afectado. De otra parte, en relación con la alegada libertad religiosa del padre y del hijo menor de edad, el Tribunal Constitucional delimita sus contenidos, recordando que la posibilidad de profesar las creencias que desee y de conducirse externamente de acuerdo con ellas que la Constitución reconoce a todos, tiene menor intensidad cuando se proyecta sobre terceros a quienes se trata de hacer partícipes de sus convicciones, incluso haciendo proselitismo. En estos casos, la libertad religiosa propia encuentra su límite en la de los terceros que se ven afectados, dado que, en primer término, “la libertad de creencias encuentra su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o no soportar los actos de proselitismo ajenos”. Y en relación con los menores, que son titulares plenos de sus derechos fundamentales (aunque, por su edad y madurez carezcan de capacidad de obrar para ejercerlos) pesa el deber de los poderes públicos de velar por que tanto el ejercicio de la patria potestad, como su protección o defensa, se haga en interés del menor, que en caso de desacuerdos implica conciliar las opciones formativas de cada progenitor buscando un equilibrio satisfactorio entre las distintas concepciones que puedan mantener. Y ello, con el objetivo de proteger y garantizar la capacidad potencial del hijo de menor de autodeterminarse en relación con el hecho religioso una vez alcance la madurez suficiente. Interés éste y objetivo que puede alcanzarse con las proporcionadas decisiones judiciales, cuya impugnación en amparo se desestima.

Al respecto, lo que hace el Tribunal Constitucional es avalar los autos que atribuyeron a la madre de un niño el ejercicio exclusivo de la patria potestad en lo relativo a la facultad de decidir sobre la formación religiosa que debía recibir (mediante la formación en valores, excluyendo su formación en valores, excluyendo su adscripción a una confesión) y que prohibieron expresamente al padre adoctrinarle en la fe evangélica. No vulneraron los derechos del progenitor a la libertad religiosa, a que su hijo reciba una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones y a la no discriminación. La decisión judicial está plenamente justificada por la salvaguarda del derecho del menor a su libertad religiosa y al libre desarrollo de su personalidad.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 16 de mayo de 2024¹⁰¹ atribuye a la madre la facultad de decidir sobre la

participación de los hijos en actos religiosos hasta que alcancen madurez suficiente para su propia autodeterminación. Se requiere, a su vez al padre, para que se abstenga de facilitar o exhibir a los menores, información relativa a los testigos de Jehová y de hacerlos asistir a actos relacionados con esta religión.

Respecto a la escolarización: se trata de una decisión extraordinaria, por lo que se requiere el acuerdo de ambos progenitores, en caso de discrepancia, el juez habrá de valorar entre otros aspectos: proximidad del centro al domicilio del menor; la continuidad educativa; opinión del menor, si tiene más de 12 años o suficiente madurez; y la compatibilidad con el régimen de custodia y visitas.

Como ha señalado la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 28 de noviembre de 2023¹⁰² el artículo 236-11. 6 del CCC exige el consentimiento de ambos progenitores para variar el domicilio de los hijos menores si el cambio los aparta de su entorno habitual, y en defecto de consentimiento exige que se solicite autorización judicial en la forma regulada en el artículo 236-13 que atribuirá la facultad de decidir a uno de ellos. La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad parental (artículo 236-17 del CCC) cuyas responsabilidades no quedan alteradas por la nulidad, divorcio o separación de los padres (artículo 233-8 del CCC) que mantienen las mismas responsabilidades que en la medida de lo posible se han de ejercer conjuntamente. A esto añade la Sala que, en nuestro ordenamiento la atribución de la guarda de los hijos no comporta por tanto la facultad de decidir sobre el lugar de residencia de los mismos y en consecuencia, en caso de desacuerdo y planteada la controversia, es la autoridad judicial la que resuelve a cuál de los progenitores le atribuye la facultad de decidir. El padre solicita en expediente de jurisdicción voluntaria impedir que la madre cambie de colegio y el empadronamiento del menor. A tal efecto, la autoridad judicial atribuye al padre la facultad de decidir tales cuestiones.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.^a, de 4 de mayo de 2020¹⁰³ atribuye a la madre en exclusiva el derecho a la elección del centro escolar de la hija. Esta tiene en la actualidad 18 meses de edad, aun es lactante y reside con su madre custodia en Alemania, es decir, a unos 1500 kms de distancia de España; y, también el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Tafalla, de 12 de mayo de 2021¹⁰⁴ concede a la madre la facultad de decidir a qué colegio y en qué modelo estudian los hijos menores comunes.

Asimismo, se indica que, debe respetarse por los progenitores lo pactado en su día, en relación al inicio de la escolarización del hijo y, en consecuencia, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 17 de octubre de 2018¹⁰⁵ atribuye a la madre la facultad de decidir el centro escolar, pero acotando el ámbito de decisión a los colegios existentes en los lugares de trabajo de la madre y del padre. Y, aconseja la Audiencia Provincial que sería bueno que el padre y la madre evitaran nuevas controversias que dejen en manos de terceros decisiones vitales de su hijo y sí, no obstante las reflexiones que anteceden, en el futuro sucediera una nueva controversia y deciden no acudir a mediación, incluso sería saludable, dada la potestad parental de ambos, que la facultad de decisión se alternara.

Respecto a las *dificultades de comprensión y adaptación en un centro escolar monolingüe o bilingüe*, el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección

4.^a, de 23 de enero de 2020¹⁰⁶ dispone que “Las distintas pruebas practicadas en el expediente señalan que la menor Leocadia, nacida en 2011, padece deficiencias de comprensión que le dificultan la adquisición del lenguaje tanto hablado como escrito, que son causa de retraso académico por la dificultad de adquisición de conocimientos —ya ha repetido un curso— y limitaciones de relación por problemas de comunicación eficaz. En el informe emitido por D. Evelio, médico psiquiatra Jefe de la Unidad de Psiquiatría de la red infanto-juvenil de la Red de Salud Mental de Álava, tras referir los trastornos que padece Leocadia, señala que la salida de Leocadia a un centro monolingüe con la utilización de la lengua materna facilitaría la mejor adquisición del lenguaje y la comprensión y evitaría el fracaso escolar y permitiría la integración socio-escolar. El Sr Evelio manifiesta en el juicio que la menor presenta ansiedad como consecuencia de los problemas que le aquejan. La testigo perito D.^a Josefina, que trata a Leocadia desde el año 2018, refirió que cuando Leocadia empezó el tratamiento estaba tocada a nivel emocional y que la dificultad sería menor si recibiera enseñanza solo en castellano”.

Por su parte, “D.^a Mariana del centro Ikasbila no opino sobre el sistema educativo y señaló que Leocadia tenía problemas en euskera y en castellano, que eran problemas de adquisición de lectura y escritura y no expuso opinión sobre el sistema educativo. Así, el resultado de las pruebas es coincidente (la Sra Mariana no se ha pronunciado) en cuanto al menor nivel de dificultad que tendría Leocadia en alcanzar los conocimientos y formación esperados a su edad de acudir a un colegio de educación monolingüe en su lengua materna. Pero es que, además, es de todo punto lógico que a una menor que tiene dificultades de comprensión y de expresión le resulte más accesible el aprendizaje en escolarización monolingüe que el bilingüe que le exige dominar dos idiomas para comprender los contenidos de las distintas materias. De otra parte, no se alega que el cambio de centro escolar perjudique el derecho de visitas del padre con la hija y de los datos que obran en autos no resulta perjuicio. En este sentido se señala que el incremento de distancia que supone el cambio de centro para la recogida de la menor los dos días de visita (miércoles y viernes), en torno a los 20 km, no es muy relevante. En consecuencia, procede estimar el recurso y atribuir a D.^a Irene la facultad de elegir el centro escolar de la menor Leocadia”.

En cuanto a la *educación*, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que “el derecho de todos a la educación recogido sintéticamente en el apartado 1 del artículo 27 de la CE y desarrollado en los apartados siguientes, tiene una doble dimensión o contenido de derecho de libertad y prestacional” (sentencias del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7.º; 191/2020, de 17 de diciembre; y, 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º). La jurisprudencia no limita la dimensión prestacional del derecho consagrado en el artículo 27.1 de la Constitución española a la educación básica, que debe ser obligatoria y gratuita (artículo 27.4 de la Constitución española), sino que deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando “el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza (artículo 27.5 de la Constitución española)”, según las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8.º y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º.

Pues bien, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2022¹⁰⁷ deviene inexplicable la alegación de la vulneración de tal derecho

fundamental; pues, la escolarización del hijo de los litigantes no exige la privación de la patria potestad de su progenitor, correspondiendo a la madre su ejercicio como, con diáfana claridad, resulta del artículo 156 del Código Civil, que se la atribuye en los supuestos de ausencia o imposibilidad del otro progenitor, o en el caso de que vivan separados, pues entonces se ejercerá por aquél con quien el hijo viva que, en este caso, es la madre. Por todo ello, no existe obstáculo legal alguno para que la recurrente proceda a la matriculación de su hijo, sirva de interlocutora con el centro escolar, y sea reputada como representante legal del menor (artículo 154.2.º del Código Civil).

Por su parte, el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 1 de Moncada, de 21 de junio de 2017¹⁰⁸ autoriza al padre a matricular a su hija menor en un colegio público. El hecho que la niña esté bautizada no resulta especialmente relevante, pus, en nuestro contexto cultural se trata de una tradición social y ello no implica necesariamente una apuesta de futuro por una formación de tipo religioso o de carácter público. Asimismo, el que la madre haya realizado una prescripción en el centro concertado, no ha de resultar vinculante. Ciertamente, la voluntad del padre se fundamenta en la libertad de conciencia y en la libertad religiosa. Igualmente, se atribuye al padre la decisión de continuar la menor en un colegio privado por ser la más adecuada para la hija común (auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Massamagrell, de 19 de julio de 2022¹⁰⁹).

En todo caso, ante el desacuerdo de los padres, el juez justifica la necesidad de cambio a un colegio especializado en niños con dificultades de aprendizaje (auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 25 de febrero de 2008¹¹⁰).

En el auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 4.ª, de 10 de junio de 2016¹¹¹ el padre quería que su hija cursase en el colegio la asignatura de religión e hiciera la primera comunión, al no contar con la autorización de su ex mujer presentó demanda solicitando al órgano judicial que se le atribuyera a él la decisión de dichos remas. La niña Dulce, en exploración decretada por el Juzgado, manifestó que no deseaba hacer la primera comunión, la Audiencia concluyó que no se trata que Dulce tenga necesidad o no de hacer la primera comunión, sino de que es un acto consecuente a trayectoria católica de los padres y al bautismo de la niña, que tiene lugar a una edad determinada, y que es querida por un progenitor, que no genera daño ni perjuicio alguno a la hija, ni a la madre, quien se confesó católica y creyente, obligándose el padre a sufragar el coste económico de la misma, que precisa de una preparación y continuidad con la enseñanza de religión. Además, es una hija bautizada, nacida de padres bautizados, casados por la iglesia católica, creyentes. La primera comunión es, tras el bautismo, el segundo acto importante en la vida de los niños católicos. Es un acto que en la religión católica solo se hace una vez en la vida, para el que es preciso una previa preparación a través de la catequesis y tiene lugar a una concreta edad, precisamente sobre los 9 años, normalmente junto a otros niños y niñas de su misma edad y colegio, y suele ir acompañada de una celebración familiar festiva a la que también pueden acudir amigos del niño quien, tradicionalmente, especialmente en el caso de las niñas, llevan un bonito vestido blanco. Por todo ello, se estima el recurso y la demanda.

La situación jurídica derivada de la pandemia del COVID-19 ha determinado también desacuerdos entre los progenitores sobre la incorporación o no de su hijo

al colegio. En el auto del Juzgado de Primera Instancia, número 10 de León, de 10 de septiembre de 2020¹¹² se atribuye la facultad de decidir sobre la cuestión al padre, partidario que el hijo vuelva al colegio y ello en atención a las circunstancias concurrentes, como son que el hijo, de 5 años, está sano y ha estado socializado durante el verano. Además el padre es profesor en el colegio, que las autoridades de sanidad y educación han establecido unos protocolos que el colegio cumple y que se desconoce cuánto puede durar la situación provocada por el COVID-19.

En relación con la *identidad del menor* —elección del nombre y apellidos—: a la imposición del nombre se refieren los artículos 50 a 52 de la LRC y los artículos 192 y 193 del RRC. Al respecto, toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento y, las personas son identificadas por su nombre y apellidos. Ahora bien, El nombre propio será elegido libremente y solo quedará sujeto a las siguientes limitaciones, que se interpretarán restrictivamente: 1. No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto; 2. No podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona, ni los que hagan confusa la identificación. A efectos de determinar si la identificación resulta confusa no se otorgará relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad sexual de la persona; 3. No podrá imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos o hermanas con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido. El Encargado hará constar en la inscripción de nacimiento el nombre impuesto por los padres o guardadores, según lo manifestado por el declarante. Cuando los padres no expresen el nombre o siendo éste inadmisibles, el Encargado les requerirá para que den nombre al nacido, con apercibimiento que, pasados tres días sin haberlo hecho, se procederá a la inscripción de nacimiento imponiéndose el nombre por el Encargado.

Los apellidos se regulan en los artículos 49 y 53 a 56 de la LRC y artículos 194 a 204 del RRC. La filiación determina los apellidos. De forma que, si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor¹¹³.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos.

El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición “de” y las conjunciones “y” o “i” entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la LRC. El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, se ha pronunciado, precisamente, sobre el orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad no matrimonial, a partir de la sentencia 76/2015, de 17 de febrero (en la misma línea, las sentencias 15/2016, de 1 de febrero; y, 658/2017, de 1 de diciembre). Se destaca en tales resoluciones que lo relevante no es deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento

del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil. Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 9 de mayo de 2018¹¹⁴ aunque, se puede predicar una conducta noble y recta del padre en orden a reconocer a su hijo menor y a relacionarse con él, y un cierto reproche a la madre a la hora de no propiciar ese reconocimiento y comunicación, esta Sala estima el recurso siguiendo su doctrina, pues, no se atisba ningún argumento que justifique cual sea el beneficio del menor con el cambio del orden de los apellidos, si se le suprimiese el primero que viene usando desde la inscripción de su nacimiento.

En este contexto, en el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 17 de julio de 2018¹¹⁵ no se concede al padre la facultad de promover expediente en el Registro Civil para el cambio y/o ampliación del nombre del menor, cuya filiación paterna quedó determinada por sentencia

En cuanto al ámbito de la *salud —tratamientos médicos—* el artículo 9 apartado 3 de la Ley: se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: “c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

Por tanto, si se trata de decisiones médicas ordinarias o cotidianas pueden tomarse por uno solo de los progenitores. Las no urgentes o de gran trascendencia requieren acuerdo de ambos progenitores. En caso de desacuerdo: el juez podrá autorizar o denegar el tratamiento¹¹⁶.

En todo caso, el apartado 2 del citado artículo 9 dispone que: “2. *Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley (...); b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él*”.

Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 28 de diciembre de 2018¹¹⁷ tras establecer que “la patria potestad se atribuye y se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores. Resulta conveniente que cualquier decisión que afecte a la vida del menor sea tomada de común acuerdo entre los progenitores, si bien puede ejercerla uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, con arreglo a los acuerdos a que hayan llegado previamente los padres. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad (artículo 156 del Código Civil). En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso 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 atribuirse ésta total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funcio-

nes”. Y, concretando un poco más señala que “cualquiera de los progenitores que tenga al menor/menores en su compañía pondrá en conocimiento del otro cualquier problema importante de salud que paderiere el menor; debiendo solicitar la autorización expresa del otro progenitor para cualquier tipo de intervención quirúrgica, salvo en situaciones de urgente necesidad, comunicando inmediatamente al otro el lugar o centro donde estuviera siendo atendido el menor. El centro escolar donde curse el menor/los menores sus estudios debe ser acordado por ambos progenitores, al igual que el desarrollo de actividades extraescolares, debiendo el centro escolar facilitar la misma información a la madre que al padre”.

Ahora bien, los problemas más frecuentes suelen ser los relativos a la vacunación —especialmente, en los contextos de COVID-19—; en las intervenciones quirúrgicas no urgentes; y en la medicación prolongada o experimental.

Así, el auto del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 17 de abril de 2023¹¹⁸ en relación con la administración de la vacuna del COVID-19 al hijo común de ocho años, se atribuye a la madre la facultad de decisión, favorable a su dispensación. Asimismo, en el auto de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.^a, de 25 de abril de 2023¹¹⁹ se atribuye al padre la decisión sobre la vacunación desde la perspectiva de la protección de la salud de la menor, atendiendo a criterios técnico-científico y de profesionales, que han de primar sobre los temores personales y subjetivos de la parte recurrente (se refiere a la vacuna como experimental. Se dice en el recurso que han pasado tres años desde que estalló la pandemia y que se ha alcanzado la normalidad, pero también, transcurrido el tiempo, hay suficientes estudios que soportan la autorización de las vacunas de la Covid-19 en menores de edad de modo que la postura paterna, que la respuesta del auto recurrido avala, se adapta a la normativa y recomendaciones oficiales en España. Como señaló el auto de este Tribunal de apelación fecha 17 de enero de 2023 (núm. 14/2023, rec. 461/2022), dictado a propósito de discrepancias parentales en cuanto a la controvertida vacunación de un hijo, no puede tenerse por probado que la vacuna de la COVID 19, en cualquiera de sus modalidades, constituya un peligro que deba ser evitado o que la protección que dispensa pueda obtenerse con igual seguridad por otros medios y que, como es patente y notorio, a estas alturas de la pandemia, las distintas vacunas ha sido objeto de controles por las autoridades sanitarias europeas —Agencia Europea de Medicamentos— y mundiales —Organización Mundial de la Salud—, y se han demostrado una vía eficaz y necesaria para proteger a la población de la infección del virus, si no para impedirlo, si desde luego para reducir la peligrosidad de la enfermedad y el riesgo de sufrir sus efectos más graves. Asimismo, en el auto de la misma Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, del 11 de enero de 2024¹²⁰ respecto a la vacunación del menor respecto del COVID-19 dispone que: “Es cierto que en jóvenes y adolescentes se ha notificado con mayor frecuencia casos de miocarditis y pericarditis asociados a la vacunación, con evolución similar a las que aparecen por otras causas, generalmente con buena evolución. Pero como concluye el informe del forense, vale la pena vacunarse a pesar del riesgo de miocarditis y pericarditis que ocurren muy raramente, pues estas patologías son más frecuentes si se padece la infección natural del virus por contagio. El balance riesgo/beneficio es claramente favorable a la vacunación. Conviene vacunarse para evitar contagiarse con el virus y poder padecer cualquiera de sus complicaciones, entre ellas, la miocarditis y pericarditis. La vacuna no produce la

enfermedad al no contener virus ni otros microorganismos, siendo conveniente la vacunación si se busca el interés del menor”. En este contexto, la Audiencia Provincial considera, pues, que la facultad que confiere la resolución de instancia y en los términos acordados, a favor del progenitor en cuanto a la administración de la vacuna contra el COVID-16 a su hijo menor, Imanol, de ocho años, no se considera perjudicial para el interés de este, pues son mayores los beneficios que reporta la vacunación contra dicha infección frente a los eventuales riesgos, ya que disminuye los riesgos de la gravedad, según la evidencia científica. De forma que, el tribunal considera que la negativa de la madre a vacunar a su hijo pon en riesgo su salud y vulnera el interés del menor, atribuyendo al padre la facultad exclusiva para decidir sobre tratamientos médicos, incluida la vacunación¹²¹.

Asimismo, la Administración autonómica en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 17 de octubre de 2018¹²² valora que la vacuna del papiloma humano no supone un ataque a alguno la integridad física de la menor y son muchos más los beneficios derivados de ella. Por lo que atribuye al padre la facultad de decisión respecto a la administración de la vacuna a la hija común. Precisamente, la discrepancia se centra en la administración de la vacuna del VPH a la hija común de los litigantes, Camino. El padre solicita se autorice la administración de la vacuna oponiéndose la madre por haber surgido varios casos de niñas que han sufrido efectos secundarios adversos (afirma haberse producido dos casos en los que las menores terminaron en silla de ruedas o con parálisis cerebral). El auto recurrido atribuye al padre la facultad de decidir fundamentándose en siete motivos diferentes. No procede repetir ahora la correcta y extensa fundamentación del auto recurrido, compartiendo todos y cada uno de los argumentos de la resolución. Se centra la recurrente en que el auto infringe el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la libertad y el derecho a la intimidad personal, derechos estos recogidos en los artículos 15, 17.1 y 18.1 de la Constitución Española. Señala también que la vacunación en España es voluntaria y por tanto nadie puede ser obligado en principio a vacunarse. Frente a estas alegaciones debe señalarse que la administración de la vacuna no puede considerarse un ataque a la integridad física o moral de la menor. Se trata de un leve pinchazo, incluso algunas vacunas se administran por vía oral, que ningún ataque o lesión puede suponer. Al contrario, su administración puede evitar que la menor padezca en el futuro una enfermedad gravemente lesiva como es el cáncer de cuello uterino. La vacuna cuya administración se solicita sirve para prevenir la infección de los virus causantes del 72 por ciento de los cánceres de cuello uterino. Y si bien es cierto que no cubre frente a la totalidad de estos virus lo hace con gran eficacia frente a un cincuenta por ciento de los virus causantes de las infecciones. No puede anteponerse la incomodidad de que se le administre a la menor una vacuna a la protección que esta vacuna supone. Y no ya solo por la prevención personal en la menor sino hacia toda la comunidad, puesto que la administración de la vacuna y la evitación de la infección minora el contagio hacia terceras personas. Se trata además de una vacunación avalada por la Organización Mundial de la Salud, y desde su comercialización en España en el año 2007 ha sido introducida en el calendario de vacunaciones del Sistema Nacional de Salud de la mayor parte de las Comunidades Autónomas. El hecho de que puedan haberse producido ciertos efectos secundarios, no acreditados como derivados de la administración

de la vacuna, no ha llevado a modificar las recomendaciones de estos organismos. Valorando por tanto que la administración de la vacuna no supone ataque alguno a la integridad física de la menor y siendo mucho mayores los beneficios derivados de ella, no solo para la menor sino también para la sociedad al evitar futuros casos de contagios, que la leve incomodidad que suponga la administración de la misma, y considerándose en el informe emitido por el médico forense que si bien la administración de la vacuna no debe considerarse imprescindible pero si recomendable, procede mantener el tenor el auto recurrido y por tanto atribuir a D. Anselmo la facultad de decisión respecto a la administración de la vacuna del VPH a la hija común de los litigantes Camino.

Ahora bien, el párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en caso de sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o se haya 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 este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Esto será, igualmente, aplicable aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. En fin, si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos.

En consecuencia, desde el 3 de septiembre de 2021 —fecha de entrada en vigor de la reforma— sólo resulta necesario el consentimiento del cónyuge víctima de violencia para aplicar un tratamiento psicológico o psiquiátrico a los hijos menores de edad, previa información al otro cónyuge, siempre que haya sentencia condenatoria o iniciado un procedimiento penal de violencia de género o, no habiéndose interpuesto aún denuncia previa, la mujer está recibiendo asistencia como víctima de violencia de género.

Por su parte, el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Tafalla, de 20 de julio de 2022¹²³ autoriza a la madre a llevar a cabo al intervención por la psicóloga infanto-juvenil que propone, especialista en discapacidad, de su hijo menor de edad. Este gasto será asumido por la madre.

Relacionado con la aplicación de tratamientos médicos, nos parece oportuno mencionar que, un padre ha sido condenado porque se opuso y retrasó el tratamiento contra el cáncer de su hijo que finalmente falleció. La sentencia del Juzgado de lo Penal, número 2 de Pamplona, de 16 de mayo de 2025¹²⁴ considera que los hechos son constitutivos del delito tipificado en el artículo 226 del Código Penal que sanciona a quien deja de cumplir los deberes legales de asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de los descendientes que se hallen necesitados. Le condena a 2 meses y 28 días de prisión —sustituidos por una multa de 1.056 euros—. En la sentencia, que puede ser recurrida ante la Audiencia de Navarra, la magistrada considera al progenitor, en el momento de los hechos vecino de una localidad de Tierra Estella, autor de un delito de incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad, con la circunstancia atenuante cualificada de dilación extraordinaria e indebida del procedimiento, preci-

sando, al respecto, la titular del Juzgado de lo Penal que, “la conducta del acusado consistente en negarse constantemente a que su hijo se sometiera al tratamiento médico prescrito primero y, posteriormente, tras el cariz que estaba tomando el procedimiento judicial, no impidiendo, pero no favoreciendo y no colaborando para que el menor accediera al tratamiento médico, supone una dejación de sus funciones como progenitor, de la obligación de velar por ellos y salvaguardar su integridad física”.

En lo referido a los *desplazamientos del menor al extranjero o viajes al extranjero*, en la mayoría de las ocasiones se concede la autorización; mientras que en otros son ciertos los temores de uno de los progenitores, oponiéndose al desplazamiento o viaje. Así, el auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.^a, de 5 de julio de 2022¹²⁵ autorizó el viaje de la hija a Rusia, pese al conflicto de Ucrania. Manifiesta, al respecto, que “cuando se interpuso la demanda no existía el conflicto bélico de Rusia con Ucrania, que se ha desarrollado y aún persiste en la actualidad. La madre mantiene en su recurso que no tiene ya interés en viajar a su país de origen hasta que no mejore la situación. En este sentido conviene indicar que este conflicto se está desarrollando en el territorio de Ucrania, y que en principio, viajar a Rusia para ponerse en contacto la menor con su familia materna no debe implicar ningún riesgo para la niña, al contrario es conveniente que mantenga relación con su familia materna”; y, el auto de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 4.^a, de 8 de febrero de 2023¹²⁶ se opone al viaje, argumentando que: “De las alegaciones presentadas por el demandado hay que tener en cuenta que, efectivamente, no hay garantías para que la madre y la menor vuelva pues se ha acreditado documentalmente que tiene propiedades en Colombia y que en caso de incumplimiento de traer a la niña, no hay una garantía de un pronto retorno y, por tanto, debe prevalecer en todo caso, el interés de la menor, que es la de estar en un entorno seguro y familiar dada su escasa edad, sin exponerla a un viaje largo y a posibles situaciones de inseguridad ciudadana. Además, tal y como declaró la madre, también tiene familiares en España con lo cual hay una relación con parientes maternos sin necesidad, por ahora, y si las partes llegaran a un acuerdo sobre autorizar este u otros viajes en el futuro”. Considera que “los razonamientos del Auto recurrido son suficientes, por lo que no puede prosperar el motivo alegado de falta o insuficiencia de motivación, además son correctos, pues como se indica en él, en el presente caso se trata de viajar a un País que tiene un nivel muy alto de inseguridad ciudadana, se trata de una menor que actualmente solo cuenta con 4 años, no consta acreditado que la madre tenga arraigo en España, se manifestó que en España solo tiene una hermana, el resto de su familia vive en Colombia y si bien se indicó que trabajaba, no consta su situación laboral, ni sus recursos en España, sin embargo, consta acreditado que tiene arraigo en Colombia donde vive la mayor parte de su familia y en donde es copropietaria de 11 inmuebles, como se acredita con los documentos que se aportaron por la contraparte que aunque se trate de impresiones de fotos hechas con el teléfono móvil como indica la recurrente, sin embargo, no impugna la autenticidad de esos documento donde consta la titularidad de los bienes inmuebles en Colombia, en el Municipio de (...), es más, no se niega la certeza de dicha titularidad, por lo que sus alegaciones no desvirtúan el valor probatorio ni el contenido de dichos documentos de los que se concluye la realidad de la titularidad de bienes. Ello unido a que conforme al Convenio

regulador de las relaciones paterno filiales, el uso y disfrute del domicilio familiar en favor de la madre e hija se pactó por un plazo máximo de 4 años, es decir hasta diciembre de 2024, en el que ninguna referencia consta a los viajes de la menor a Colombia, compartiendo con la Juez a quo que debe de prevalecer el interés de la menor que solamente tiene 4 años de estar en un ambiente seguro y con ambos progenitores, además de ello, no ha quedado justificado en interés de la menor, exponerla a un viaje tan largo hasta Colombia sin exponerla a posibles situaciones de inseguridad ciudadana, solamente para conocer a los familiares maternos que viven allí y para asistir a la fiesta de cumpleaños de una sobrina que ha alcanzado los 15 años, que constituye la motivación del viaje según alegaciones de la madre, dicha motivación no es relevante frente al superior interés de la menor de permanecer en un entorno familiar seguro y sin riesgo para el progenitor de no retorno de su hija de un País con el que no existe convenio para el supuesto de sustracción de menores, pues ninguna explicación razonada realiza la madre sobre su arraigo en España que garantice su retorno. En consecuencia, de conformidad con lo expresado, es procedente desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución recurrida”. Asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 6 de abril de 2022¹²⁷ denegó también una autorización para viajar a Israel porque la madre se negaba a aportar los billetes de ida y vuelta y a concretar las zonas por el que se desarrollaba el viaje. Así señala que “La demandante, en otro orden de cosas, pese a expresar las fechas en las que habría de tener lugar el desplazamiento, no ha aportado los billetes de ida y vuelta, como hubiera sido lo lógico si como afirma, su intención era regresar a España, y aunque excusa esa falta de aportación documental en el hecho de exigir las compañías aéreas que se consigne el pasaporte y que el menor carece de este documento de identificación nacional, lo cierto es que es hecho notorio, y por tanto no necesitado de prueba, que en las agencias de viaje pueden hacerse reservas de avión de ida y vuelta sin necesidad de consignar el pasaporte, lo cual incluso permiten algunas compañías aéreas, sin perjuicio de que se consigne el pasaporte al ser confirmada la reserva, y la recurrente tan siquiera ha aportado reserva alguna. Tampoco se ha ocupado y preocupado la demandante, ahora recurrente, ni aun en el recurso, de concretar el lugar de Israel al que pretendía desplazarse acompañada de su hijo menor, cuando es lo cierto, y es también hecho notorio, amén de estar acreditado en los autos, que algunas zonas del expresado País son de alto riesgo por tener conflictos armados en los que se ve afectada muy frecuentemente la población civil, desaconsejando incluso el Ministerio de Asuntos Exteriores del Gobierno de España (pantallazo de la Web aportado a los autos), los viajes a esas zonas que considera el Ministerio de alto riesgo (frontera con Gaza en un radio de 40 kilómetros; zona de la frontera con Siria y Líbano; Los Altos de Golán, y zona de la frontera con Egipto, por riesgo de atentados terroristas), y la recurrente, insistimos, no se ha preocupado de alegar, y menos aún de probar, la zona de Israel a la que pretendía desplazarse con su hijo, no valiendo a tales efectos con limitarse a alegar que el desplazamiento no iba a tener lugar a una zona de riesgo, pues si es así, no alcanza la Sala a comprender dónde está el problema para que cuando menos hubiese concretado y aclarado la zona de Israel a la que pretendía desplazarse acompañada del menor. Todo lo cual, unido a la actual situación de pandemia mundial derivada de la Covid-19 (no se ha aportado prueba alguna relativa a la cobertura sanitaria que el menor ten-

dría en Israel), impone, en beneficio e interés del menor, la desestimación de lo solicitado por la actora en la demanda rectora del procedimiento, como con acierto resuelve la Juez a quo en el Auto apelado, cuya Fundamentación jurídica se comparte en lo sustancial, por lo que, en definitiva, confirmamos dicha Resolución, que consideramos conforme a derecho, ajustada al resultado probatorio, y sobre todo dictada en absoluta protección del interés prioritario del menor, y como ya hemos expresado, en materia de menores, afecta al orden público, la actuación de Jueces y Tribunales se desarrolla ex officio, lo que significa que se pueden adoptar las medidas que en protección del interés de los mismos se consideren oportunas aun cuando no hayan sido expresamente solicitadas”.

Ahora bien, en el *ámbito digital*, por un lado, respecto a la publicación de la imagen de los hijos menores en redes sociales de los padres se dispone que se necesita el consentimiento de ambos progenitores para ello tanto en situación de normalidad familiar como en situación de crisis matrimonial o de pareja, y en caso de oponerse uno de ellos autorización judicial. tal consentimiento también se exige si quienes quieren utilizar y colgar fotos de los menores son otros familiares (parientes) —abuelos, tíos/as—¹²⁸; y, por otro, en cuanto al tratamiento de los datos personales y su posible cesión el artículo 8.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) dispone que puede prestar el consentimiento los menores de 16 años; si es menor de 16 años, el consentimiento lo debe prestar el titular de la patria potestad o tutela. Si bien, añade que, los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años. A tal fin, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales en su artículo 7 fija la edad de consentimiento de los menores de edad cuando sea mayor de catorce años. Si bien, se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. Si se trata de menores de catorce años, el consentimiento solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela¹²⁹.

En este contexto, ante el ejercicio individual de la patria potestad en cualquiera de los ámbitos de actuación concretados en líneas precedentes, el otro progenitor deberá ser oportunamente informado¹³⁰.

C. Protección de terceros de buena fe

Ahora bien, sobre tales bases y en aras de la *protección de terceros de buena fe* y con la finalidad de evitar que se impugnen los actos llevados a cabo por uno de los progenitores el artículo 156 párrafo 3.º establece que “*se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro*”¹³¹. La doctrina se muestra dividida, por un lado, respecto al alcance de la presunción: para unos estamos ante una única presunción; y para

otros, frente a dos: una referida al que el progenitor actúa en el ámbito del ejercicio ordinario de la patria potestad, entendido como ejercicio conjunto; y otra, que el progenitor actúa con el consentimiento del otro; y por otro lado, respecto a la naturaleza de la presunción: para unos estamos ante una presunción *iuris tantum*¹³²; para otros, *iure et de iure*¹³³. El artículo 71.3 del CFA también parte de la presunción y de la buena fe en estos casos, sin precisar más. Así dispone que: “respecto de tercero de buena fe se presumirá que cada padre actúa en correcto ejercicio de sus facultades”. E, igualmente, el artículo 236-8-2 letra a) del CCC al disponer que: “En los actos de administración ordinaria y respecto a terceros de buena fe, se presume que cada progenitor actúa con el consentimiento del otro”.

Ahora bien, como precisa PÉREZ ÁLVAREZ “la buena fe no se reduce a una mera creencia en la existencia del consentimiento del progenitor no interviniente; sino que la buena fe ha de entenderse como confianza razonable en la concurrencia de aquel consentimiento”; confianza razonable que para el citado autor “no puede apreciarse en quien no observa un mínimo de diligencia adecuado a la gravedad del acto, y con su exigencia se pretende que para que prospere la impugnación del acto por falta de consentimiento del progenitor no interviniente, no sea absolutamente necesario demostrar la inexistencia de ese consentimiento, sino que baste con acreditar la falta de buena fe”¹³⁴.

De todas formas, partiendo de la inscripción en el Registro Civil de cualquier resolución judicial sobre el ejercicio de la patria potestad, dicha publicidad registral protege a los terceros de buena fe. En todo caso, se habla de ejercicio ordinario; en consecuencia, de la habitualidad en su operatividad, sin que nos encontremos con una actuación concreta y aislada; eso sí, permite por su propia cotidianeidad y normalidad y, en esencia, por razones prácticas que dicho ejercicio ordinario sea llevado a cabo por quien tiene atribuida la guarda y custodia¹³⁵.

Ahora bien, las referencias a los párrafos anteriores determina la aplicación analógica del citado artículo 156 apartado 3 del Código Civil a otros supuestos¹³⁶.

D. El ejercicio individual de la patria potestad

1. Supuestos en defecto, ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores y en el caso que vivan separados dichos progenitores

Sobre tales bases, el Código Civil también contempla *determinados supuestos en los que es posible el ejercicio individual de la patria potestad*. Así, el artículo 156 párrafo 4.º del Código Civil dispone que: “*En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro*”. Si bien, no procede la aplicación automática del precepto, y se parte siempre del interés del menor.

Y, en los supuestos en los que los progenitores no conviven el artículo 156 *in fine* establece que: “*si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por el progenitor con quien conviva*”. La doctrina de forma mayoritaria entiende que el ámbito objetivo de aplicación del precepto opera constante matrimonio o pareja de hecho, no así a los supuestos de nulidad, separación o divorcio; y exige una convivencia con uno de los progenitores sin mediar oposición del otro o

concurriendo su acuerdo expreso o tácito¹³⁷. Tal disposición general no excluye la actuación del otro progenitor, pues, el citado artículo 156 *in fine* establece al respecto lo siguiente: “la autoridad judicial, 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 ambos las funciones inherentes a su ejercicio”.

En defecto engloba los supuestos de muerte, declaración de fallecimiento, así como la exclusión (artículo 111 del Código Civil) y privación de la patria potestad (artículo 170 del Código Civil)¹³⁸.

En lo referente a las situaciones de ausencia, será la declarada legalmente (artículos 181 a 192 del Código Civil)¹³⁹, o de hecho¹⁴⁰; y en caso de imposibilidad son, como precisa la doctrina, supuestos de ausencias fácticas voluntarias como la estancia en prisión de uno de los progenitores, o una enfermedad física o psíquica de uno de los progenitores; dogradicción, alcoholismo de los progenitores¹⁴¹. En fin, tal imposibilidad ha de ser temporal, y real y producto de las circunstancias que, pueden ser éstas precisamente urgentes y de gravedad que determina necesariamente la actuación individual¹⁴². Para BALLESTEROS DE LOS RÍOS los casos de imposibilidad las enfermedades y otras causas que impiden a uno de los padres el ejercicio de la patria potestad¹⁴³. Igualmente, CASTÁN TOBEÑAS entiende que “dentro de este supuestos están las enfermedades y, además otras posibles causas que impidan de hecho, al afectado el ejercicio de la patria potestad; lo que puede plantear problemas de prueba al ser aquellas frecuentemente desconocidas”¹⁴⁴.

El artículo 236-10 del CCC referido al ejercicio exclusivo de la potestad parental alude también al ejercicio exclusivo de ésta por uno de los progenitores en los casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro, salvo que la sentencia de incapacitación establezca otra cosa, y en el caso de que la autoridad judicial lo disponga en interés de los hijos.

El CCC sigue empleando el término incapacitación, como también lo hacía el artículo 156 del Código Civil antes de la reforma por Ley 8/2021. Esta reforma es de la legislación civil y procesal y pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Por tanto, la reforma del ordenamiento jurídico español, que es consecuencia de la ratificación por España de dicho tratado. El elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la

incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. Es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo. Si bien, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autotutela. En fin, la institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. La curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas.

De forma que, la persona con discapacidad puede ejercer la patria potestad y solo cuando sea preceptivo con el apoyo correspondiente que, será, por regla general, asistencial y solo en caso excepcional representativo.

También se refiere, la Ley 67 b) del FNN respecto de la atribución legal del ejercicio individual, además, de la ausencia, a los casos en que uno de los progenitores tuviere establecidas medidas de apoyo representativo

Por tanto, sobre tales bases, en el caso que los progenitores no vivan juntos, la atribución del ejercicio de la patria potestad, en principio se atribuye a uno de los progenitores y exige la convivencia con el hijo. Ahora bien, si el progenitor no conviviente solicita el auxilio judicial, atendiendo siempre al interés superior del menor, la autoridad judicial puede decidir un ejercicio conjunto de la patria potestad o distribuir las funciones relativas al ejercicio de la patria potestad entre los mismos. Se parte de un elemento fáctico como es la convivencia del menor. Se refiere a la separación de hecho —cónyuges separados de hecho o no casados—¹⁴⁵. Habrán de adoptarse por el Juez en sentencia o en ejecución las medidas oportunas¹⁴⁶.

En este contexto, si no media la convivencia exclusiva del hijo con uno de los progenitores, porque viven separados —supuesto de separación de hecho— o no existe acuerdo entre los mismos “*el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años*” (artículo 159 del Código Civil)¹⁴⁷.

En el CCC su artículo 236-9 prevé el ejercicio de la potestad parental con distribución de funciones o individual con consentimiento del otro progenitor. Así: “1. Los progenitores pueden acordar que uno de ellos ejerza la potestad parental

con el consentimiento del otro o que la ejerzan ambos con distribución de funciones; 2. Al efecto de lo establecido por el apartado 1, los progenitores pueden otorgarse poderes de carácter general o especial, revocables en todo momento. Los poderes de carácter general deben otorgarse en escritura pública y deben revocarse mediante notificación notarial"; y, el artículo 236-11 dispone a tal fin que ante el ejercicio de la potestad parental en caso de vida separada de los progenitores: 1. Si los progenitores viven separados, pueden acordar mantener el ejercicio conjunto de la potestad parental, delegar su ejercicio a uno de ellos o distribuirse las funciones de acuerdo con lo establecido por el artículo 236-9.1; 2. Los progenitores pueden someter los acuerdos a que se refiere el apartado 1, así como el plan de parentalidad que hayan convenido, a aprobación judicial. Los acuerdos deben ser aprobados siempre y cuando no sean perjudiciales para los hijos, atendiendo, en la medida en que sean procedentes, a los criterios para la atribución de la guarda fijados por el artículo 233-11. Los acuerdos son ejecutivos desde el momento en que se aprueban; 3. Los acuerdos de delegación o distribución, si no han sido incorporados a un convenio regulador aprobado judicialmente, deben formalizarse en escritura pública y pueden revocarse en cualquier momento mediante notificación notarial; 4. En caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la potestad parental, cualquiera de los progenitores puede recorrer a la autoridad judicial, que debe decidir habiendo escuchado al otro progenitor y a los hijos que hayan cumplido doce años o que, teniendo menos, tengan suficiente juicio; 5. Las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga los hijos con él, ya sea porque de hecho o de derecho residan habitualmente con él o porque estén en su compañía a consecuencia del régimen de relaciones personales que se haya establecido.

Por otra parte, para evitar tanto la sustracción del menor como la negativa a restituirlo cuando la guarda y custodia se ha atribuido a uno de los progenitores y, habitualmente, tiene lugar durante el régimen de visitas, el artículo 158.3.º habilita al juez para dictar: "las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; y, c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor".

2. El ejercicio de la patria potestad por el hijo menor de edad no emancipado. La asistencia de los progenitores

Asimismo, de conformidad con el artículo 157 del Código Civil: "*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*". Se refiere al menor de edad no emancipado; de forma que, si está emancipado puede ejercer sus funciones parentales sin intervención de los progenitores. Como precisa, el citado precepto, la falta de acuerdo entre el menor y los padres o tutores, así como la imposibilidad de prestar asistencia, se suple con la intervención judicial. El CCC en su artículo 236-16 Dispone respecto a los progenitores

menores, en su artículo 231-16 lo siguiente: “1. El padre o la madre menores necesitan, para ejercer la potestad, la asistencia de los progenitores respectivos o de aquel de los dos que tenga el ejercicio de la potestad parental o, en su defecto, de su tutor o curador. 2. No es precisa la asistencia a que se refiere el apartado 1 en los siguientes casos: a) Si el padre o madre menor está casado con una persona mayor de edad, respecto a los hijos comunes. b) Si el padre o madre menor está emancipado y tiene al menos dieciséis años. 3. En los casos de desacuerdo entre las personas que deben dar la asistencia o entre estas y el menor titular de la potestad parental, así como en el caso de imposibilidad de prestación de la asistencia, se requiere la autorización judicial”.

En fin, LACRUZ BERDEJO destaca como supuestos diferentes entre los que pueden encuadrarse el ejercicio individual de la patria potestad los siguientes: “a) *Concentración*: cuando existe pérdida, privación o suspensión en uno de los titulares y no en el otro; así, en los supuestos de muerte, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (artículos 156.4.º y 169.1.º del Código Civil); y en los desacuerdos reiterados entre los padres o concurrencia de cauda que entorpezca gravemente el ejercicio común; b) *Redistribución*: cuando el contenido normal de la patria potestad se asigna en exclusiva, por facultades y deberes, a cada uno de los cotitulares; así, en los supuestos de desacuerdos reiterados o grave entorpecimiento para el ejercicio (artículo 156.2.º), en los de separación (artículo 156.5), cambio de titular de la potestad de la guarda (artículo 158.2.º), etc.; y, c) *Alteración*: cuando el juez adopta providencias a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de la guarda (artículo 158.2.º); o para la seguridad o recaudo de los bienes de los hijos en los casos de administración paterna religiosa (artículo 167); d) *Comunicación*. Cuando el hijo es adoptado en las circunstancias y condiciones previstas en el artículo 178”¹⁴⁸.

3. Expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la intervención judicial en relación con la patria potestad

El Capítulo II del Título II de la LJV hace referencia a los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a la intervención judicial en relación con la patria potestad y dentro de los mismos se distingue dos supuestos: 1. La intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (artículo 86 de la LJV)¹⁴⁹; y, 2. Las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad (artículos 87 a 89 de la LJV). Antes de analizar las peculiaridades del primero de los expedientes citados, cabe señalar como disposición común a ambos lo dispuesto en el artículo 85 de la LJC en cuanto a la tramitación de estos expedientes: una vez admitida la solicitud, el/la Letrado de la Administración de Justicia citará a una comparecencia: 1. A la persona solicitante; 2. Al Ministerio Fiscal; 3. A los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda; 4 A la persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, en su caso; 5. Al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, su fuere mayor de 12 años; 6. En el caso de que el titular de la patria potestad fuese un menor

no emancipado, a sus progenitores y, a falta de estos, a su tutor; y 6. También podrá acordar la citación de otros interesados.

El juez/La jueza podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica de las diligencias oportunas durante la comparecencia. No obstante, si tales actuaciones tienen lugar después de esta, se dará traslado del acta a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de 5 días. En estos expedientes, no será necesaria la intervención de abogado/a ni procurador/a.

Ahora bien, centrándonos en los casos de desacuerdo de los progenitores en el ejercicio de la propia patria potestad conviene precisar que:

1. La *competencia* para el conocimiento del expediente le corresponderá a la sección de familia, infancia y capacidad, o, en su caso, a la sección de violencia sobre la mujer del tribunal de instancia del domicilio del hijo, o en su defecto, de la residencia de este. A esta regla general se le debe añadir una particularidad que: en el caso de que el ejercicio conjunto de la patria de potestad por los progenitores fuese establecido por una resolución judicial, la competencia le corresponderá a la sección de familia, infancia y capacidad, o, en su caso, a la sección de violencia sobre la mujer del tribunal de instancia que la hubiera dictado. En todo caso, conforma la Disposición Adicional primera de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia publicada el 3 de enero de 2025 (en adelante, LO 1/2025) las referencias de la LJV a los juzgados de primera instancia y de lo mercantil deben entenderse hechas a las secciones correspondientes de los tribunales de instancia, cuya implementación finaliza el 31/12/2025. En este caso para determinar la sección competente habrá que atender a lo dispuesto en el art. 86.5 letra j) de la LOPJ o, en su caso, al art. 89.6 letra g) de la LOPJ

2. Con respecto a la *legitimación*, gozarán de esta los progenitores, ya sea de manera individual o conjunta. Además, para el supuesto de que un menor no emancipado fuese el titular de la patria potestad, se habilita a los progenitores de este o, en su defecto, a su tutor, como personas legitimadas para instar este expediente.

3. La necesidad del *MASC* en el expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad: la LO 1/2025 ha introducido grandes modificaciones a nivel de organización de la estructura judicial, así como ha incorporado medidas de agilización procesal y de eficiencia de la justicia, destacando entre estas últimas, la potenciación de la vía negociadora para resolver las controversias sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional. De esta forma surgen los denominados “MASC”, medios adecuados de solución de controversias, aplicables desde el 3 de abril de 2025. En esta línea, el artículo 5.3 de la LO 1/2025, de 2 de enero, relativo al requisito de procedibilidad que exige acudir a un “MASC” previamente a la demanda, se instaura para la iniciación del expediente de jurisdicción voluntaria en los supuestos de intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, previstos en el artículo 86 de la LJV, por lo que, a partir del 3 de abril de 2025, para promover este expediente será necesario previamente acudir a algún medio adecuado de solución de controversias (MASC). A tal efecto se entenderá por medio adecuado de solución de controversias “cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto

acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral" (artículo 2 de la LO 1/2025).

Según la Guía sobre la regulación de los MASC en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas de eficiencia del Servicio Público de Justicia del Consejo General de las Abogacías españolas se entiende por MASC en vía no jurisdiccional cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral¹⁵⁰.

Al respecto, debe destacarse que desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del derecho de defensa (en adelante, LODD), los medios adecuados de solución de controversias quedan comprendidos en el referido derecho de defensa (artículo 2 LODD) y, con ello, la utilización de los MASC se fundamenta, no solo en la libertad como valor superior del ordenamiento, sino en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En relación con que puede entenderse por "cualquier tipo de actividad negociador", se señala que con esta definición la ley no circunscribe los tipos de MASC, sino que proporciona una definición abierta que engloba los reconocidos por las leyes actuales y futuras. Entre ellos, destacan la mediación, la conciliación (pública o privada), la negociación directa entre las partes (por sí mismas o asistidas de abogados) o a través de sus abogados, la oferta vinculante confidencial, la opinión de persona experta independiente y, el Derecho Colaborativo o Abogacía Colaborativa.

El ámbito de aplicación de los MASC está constituido por los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, definidos en el artículo 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En defecto de sometimiento expreso o tácito a lo dispuesto en esta ley, su regulación será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad negociadora se realice en territorio español. Quedan excluidas de los MASC, en todo caso, las materias laboral, penal y concursal, así como los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público.

Por su parte, el artículo 4 establece el principio de autonomía privada en el desarrollo de los MASC, con base en el cual las partes son libres para convenir o transigir en una negociación sobre sus derechos e intereses, siempre que lo acordado no sea contrario a la ley, a la buena fe, ni al orden público. Sobre esta premisa, se prevé una excepción a la aplicación de los MASC: "no podrán ser sometidos a MASC, ni aun por derivación judicial, los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable". Y una excepción de la excepción: "pero sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil, sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado". En ningún caso podrán aplicarse dichos MASC, a los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación, conforme a lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Con base en el citado principio, se pueden alcanzar acuerdos totales o parciales. En el

caso de acuerdos parciales, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que se mantenga discrepancia.

Para entender cumplido este requisito de procedibilidad que supone el MASC habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar. Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de una persona experta independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómica, pero que cumplan lo previsto en las secciones 1.^a y 2.^a de este capítulo o en una ley sectorial. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad, así como en los supuestos en que las partes hayan recurrido a un proceso de Derecho colaborativo. De acuerdo con la Ley la iniciativa de acudir o no y a qué medio, puede proceder: 1. De una de las partes; 2. De ambas de común acuerdo; 3. De una decisión judicial; 4. Del Letrado de la Administración de Justicia por derivación de las partes a este tipo de medios. Si todas las partes plantearan acudir a un MASC controversias y no existiera acuerdo sobre cuál de ellos utilizar, se empleará aquel que se haya propuesto antes temporalmente. En todo caso, conviene precisar que, la exigencia del MASC se aplica a todos los procesos declarativos especiales.

Pues bien, en este contexto, la LO 1/2025 modifica la LEC. Así, el artículo 264 con relación a los documentos procesales que se deben acompañar junto a la demanda, estableciendo que habrá de acompañarse a la demanda el documento que acredite haberse intentado la actividad negocial previa a la vía judicial cuando la ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad, o declaración responsable de la parte de la imposibilidad de llevar a cabo la actividad negociadora previa a la vía judicial por desconocer el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerido. También, se modifica el artículo 399 en su apartado 3, sobre el contenido de la demanda, y el apartado 2 del artículo 403 sobre su inadmisión si faltare el requisito de procedibilidad, para disponer que no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas o cuando no se hagan constar las circunstancias a las que se refiere el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 399 en los casos en que se haya acudido a un MASC por exigirlo la ley como requisito de procedibilidad, o cuando no se hayan efectuado los requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales; y, asimismo, los artículos 415, 429.2 y 443, preceptos que regulan la celebración de la audiencia previa en el juicio ordinario y de la vista en el juicio verbal y las disposiciones generales del recurso de apelación.

En este contexto, las partes podrán acudir a cualquiera de los MASC asistidas de abogado. El artículo 6 establece que la asistencia letrada a las partes cuando acudan a uno de dichos medios será voluntaria, previendo que únicamente será preceptiva la asistencia letrada a las partes en el supuesto el supuesto de que se utilice como MASC la formulación de una oferta vinculante, con dos excepcio-

nes: 1. Cuando la cuantía del asunto controvertido no supere los 2.000 euros; y, 2. Cuando una ley sectorial no exija la intervención de letrado o letrada para la realización o aceptación de la oferta.

Por su parte, el artículo 7 de la LO 1/2025 regula los efectos de la apertura del proceso de negociación y de su posible terminación sin acuerdo, y prevé que: Sobre los efectos de la apertura del proceso de negociación, se prevé que la solicitud de una de las partes dirigida a la otra para iniciar un procedimiento de negociación a través de un MASC interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por la parte requerida, reiniciándose o reanudándose respectivamente el cómputo de los plazos en el caso de que en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito. La interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o cuando se produzca la terminación del proceso de negociación sin acuerdo. En el caso de que intervenga una tercera persona neutral, se seguirán las siguientes reglas: 1. En el caso de intervenir una persona mediadora, se estará a lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad); 2. En otros supuestos, se estará a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7.

Se prevén también, en el apartado 3 del citado artículo 7, los efectos de la terminación del proceso sin acuerdo: 1. En el caso de que la solicitud inicial de negociación no tenga respuesta o bien de que el proceso negociador finalice sin acuerdo, las partes deberán formular la demanda dentro del plazo de un año, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad; 2. Si se hubieran acordado medidas cautelares durante la tramitación del proceso negociador, las partes deberán presentar la demanda ante el mismo tribunal que conoció de aquellas en los veinte días siguientes desde la terminación del proceso negociador sin acuerdo o desde la fecha en que deba entenderse finalizado el proceso de negociación sin acuerdo conforme a esta ley; y, 3. Los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución consensuada y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación.

En fin, por un lado, el artículo 10.4 de la LO 1/2025 prevé los supuestos en los que se entenderá que se ha producido la terminación del proceso sin acuerdo y, los efectos en materia de costas, advirtiendo que si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución consensuada y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación, asimismo para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la LEC; por otro que, conforme al artículo 5.2 letra b) de la LO 1/2025 no procede la interposición de un MASC con respecto a la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; y, por último, hay un dato cierto los progenitores y, en particular, los hijos menores de edad necesitan que se tomen soluciones urgentes. Si ya de por sí el procedimiento contencioso puede demorar su resolución en el

tiempo; si a ello le sumamos el preceptivo periodo previo para intentar un acuerdo, estamos incrementando el tiempo de resolución. En concreto, en el supuesto de desacuerdos o divergencias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, objeto de estudio, formulados como urgentes: *vgr.*, el bautismo o la primera comunión del menor, la matrícula o cambio de colegio, viajes al extranjero, tratamientos médicos, entre otros; con la citada LO 1/2025 se pueden demorar la actuación judicial, impidiendo una adecuada y rápida respuesta y perjudicando con ello el interés superior del menor. Recordemos que, la mediación se muestra como alternativa voluntaria al procedimiento judicial en el CCC y CFA, pero tras la LO 1/2025 los MASC son un recurso obligatorio y de admisibilidad de la demanda; por lo que, han de proponerse antes de presentar ésta.

III. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LOS PROGENITORES Y EL HIJO MENOR DE EDAD: NOMBRAMIENTO DEFENSOR JUDICIAL

Con la aprobación de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio en el derecho español —preferentemente en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil— se pretende la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York, instrumento ratificado por España, publicado en el BOE de 21 de abril de 2008 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Tal reforma viene a recoger el modelo social de discapacidad de la citada Convención y se funda en el reconocimiento y desarrollo de la dignidad de la persona para el ejercicio de su capacidad en condiciones de igualdad. Particularmente, tiene por objeto el desarrollo del artículo 12 de la Convención, que persigue la igualdad del reconocimiento como persona para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad a través de la adopción de las medidas de apoyo para su ejercicio, de un lado y las salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, del otro. Y, además, dichos apoyos ya no van a poder incluir de ninguna forma, la privación de derechos (artículo 269 del Código Civil).

Con la reforma aprobada por la citada Ley 8/2021 se supera el hasta ahora sistema de incapacitación o modificación de la capacidad de obrar, el régimen de tutela de la autoridad judicial, aun con las notas de flexibilidad y graduación ya introducido para ajustarlo a la situación de la persona con discapacidad por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009¹⁵¹, formando un sólido cuerpo doctrinal de aplicación del derecho vigente a la luz de la propia Convención, sobre la base de la necesaria graduación de las medidas de apoyo apropiadas para cada persona —sobresaliendo la curatela— en función de sus variadas características y circunstancias —lo que se ha venido a llamar el “traje e medida”—¹⁵².

El apoyo deberá producirse cuando sea necesario (principio de necesidad) y vendrá determinado por la falta de aptitud o habilidad de la persona para la toma de decisión (la capacidad de decisión), esto es, cuando las alteraciones que padece, tengan incidencia, en mayor o menor medida, en la formación de una voluntad libre y consciente. Además, las medidas de apoyo habrán de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto

posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; ajustarse al principio de mínima intervención y, por supuesto, deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales¹⁵³.

Por su parte, si el apoyo encuentra su campo de actuación y fundamental en la información y formación del consentimiento de la persona con discapacidad para que emita correctamente su declaración de voluntad, pueden establecerse las salvaguardas voluntarias y judiciales (artículos 250 y 251 del Código Civil) necesarias para evitar o impedir los abusos, las influencias indebidas o los conflictos de intereses. De todas formas, el interés de la persona subyace, como principio correctivo, cuando se impone que se adopten salvaguardas que eviten circunstancias anteriores u otras que impliquen el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la persona necesitada de apoyo y, en todo caso, cuando su voluntad o sus preferencias no han podido expresarse ni reconstruirse. Incluso, el apoyo debido para el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser impuesto, en cuyo caso debe extremarse el juicio de necesidad y proporcionalidad sobre las medidas de apoyo y sus salvaguardas y, cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona ni actuar, ni tomar decisiones por falta de discernimiento, se puede acudir a la criterio de su interés, como nos recuerdan las recientes sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo y 8 de septiembre de 2021¹⁵⁴.

Ahora bien, se impone un cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones¹⁵⁵. Por lo que, los apoyos no se establecen en la correspondiente resolución desde una perspectiva paternalista o médico asistencial de velar por la persona afectada y promover su desarrollo, sino se debe partir de la capacidad natural y del proyecto vital ya existe (o de su falta) y respetar la libertad, mientras responde a una voluntad bien conformada y no perjudique a un tercero. La capacidad de la persona configura la medida de su libertad y de su voluntad, sin que valga una referencia genérica¹⁵⁶ y se parte de una presunción de capacidad en favor de toda persona¹⁵⁷. Además, al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida; y, en fin, las salvaguardas que introduce la legislación vigente pretenden asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y preferencias de la persona¹⁵⁸.

Entre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, siguiendo el artículo 250 del Código Civil, la reforma introduce las medidas voluntarias de autoorganización, medidas judiciales o de heterorregulación y medidas de apoyo informal representadas por la guarda de hecho. Asimismo, dispone un orden jerárquico en la determinación y adopción de las medidas de apoyo, estableciendo con preferencia las de carácter voluntario y, supletoriamente, las de origen judicial (curatela y defensor judicial)¹⁵⁹.

Más allá de las medidas voluntarias (artículos 249, 254 y 255 del Código Civil) como son la escritura de previsión, la autocuratela y los poderes y mandatos preventivos, las medidas judiciales de provisión de apoyo necesario pueden englobar

por su amplio carácter, como indica la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Y, en último caso, ciertamente, la representación en la toma de decisiones.

En todo caso, la posibilidad legal de nombrar curador (autocuratela) representa una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el artículo 10 de la Constitución española, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada, para designar la persona que ejerza la función de curador o, incluso excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo. Las características que delimitan jurídicamente la autocuratela, tal y como es concebida por la ley, son las siguientes: 1) Nos hallamos ante un negocio jurídico de derecho de familia, de carácter unilateral, pues, proviene de la voluntad del otorgante, sin necesidad de concordarla con la propia de la persona designada, al tiempo de su otorgamiento; 2. Es personalísimo, pues, pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce, en tanto en cuanto le compete la designación de la persona que, en virtud de su disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía y afecto, considerada más idónea para prestarle los apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; en definitiva, para acompañarla, asistirle o incluso excepcionalmente, representarla, con la confianza, que ejercerá dicho cargo con respecto a su voluntad, deseos, preferencias, creencias, valores y trayectoria vital (artículos 249 y 250 del Código Civil). Sin perjuicio, claro está, de la facultad de designar a una persona jurídica pública o privada que desempeñe tales funciones. La Ley prevé la posibilidad que se delegue al cónyuge o a otra persona, la elección entre las llamadas en escritura pública a ejercer el cargo. No, por lo tanto, la designación de curador, sino la elección entre los escogidos por la persona interesada (artículo 274 del Código Civil); 3. Es un negocio jurídico *inter vivos*, en tanto en cuanto desencadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad, al ser concebida precisamente para el apoyo, acompañamiento amistoso, ayuda técnica, ruptura de barreras, consejo e incluso, ejercitar excepcionalmente funciones representativas, cuando sea menester; 4. Es solemne, puesto que su validez precisa que la voluntad se manifieste en escritura pública notarial, como las medidas voluntarias de apoyo (artículo 271 del Código Civil); 5. Vincula al juez al proceder al nombramiento de curador, sin perjuicio que pueda prescindir de dicha designación mediante resolución motivada por razones graves, desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la designación en los términos del párrafo segundo del artículo 272 del Código Civil; 6. Es revocable, puesto que entra en el marco de las facultades dispositivas del otorgante dejar sin efecto una previa designación efectuada; 7. Es inscribe en el Registro Civil (artículo 4-10.º de la Ley de Registro Civil); y, 8. Por último, las facultades de la persona interesada no sólo se limitan a la designación de quien vaya a ejercer las funciones de curador, incluso sus sustitutos (artículo 273 del Código Civil), sino también contempla la opción de establecer las disposiciones, que se consideren oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo (artículo 271.2 del Código Civil)¹⁶⁰.

Ahora bien, en la doctrina científica también se destaca que los poderes y mandatos preventivos son la manifestación más genuina del principio de autonomía de la voluntad por el sujeto de su derecho a regir su persona y bienes para cuando necesite determinados apoyos, en cuanto que la actividad judicial no interviene en su determinación al haberlo hecho ya el interesado, y por eso, en el sentido de pleno respecto a la voluntad del sujeto que el artículo 258 del Código Civil declara que los poderes y mandatos preventivos mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo establecidas judicialmente o previstas por el propio interesado. Los llamados poderes preventivos tanto pueden ser otorgados *ad cautelam* (para el supuesto que en el futuro el otorgante precise de apoyo (artículo 257 del Código Civil), como en previsión de la continuidad de su vigencia, si en el futuro su otorgante precisa de apoyos para el ejercicio de su capacidad (artículo 256 del Código Civil). La declaración de la vigencia de estos poderes, pese a la constitución de otras medidas de apoyo, como puede ser la curatela (artículo 258 párrafo 1 del Código Civil), constituye un paso más en el respeto y preeminencia de la voluntad del sujeto afectado de discapacidad, pues, paralelamente a esa declaración, la Ley 8/2021 reformó el artículo 1732 del Código Civil, que autorizaba a tener por terminado el poder otorgado con carácter preventivo por la resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor, sustituyendo su redacción por otra en la que mantiene la vigencia de los mandatos preventivos en el supuesto de establecerse en apoyo del mandante una curatela representativa; lo que no significa su vigencia perpetua, pues, su extinción viene regulada en el artículo 51 bis —añadido por la Ley 8/2021 a la de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria— en el que se dispone que podrá promover la extinción del poder, si el apoderado incurre en alguna de las causas previstas para la remoción del curador, tramitándose el expediente con audiencia del apoderado.

Sobre tales bases, las instituciones jurídicas de apoyo previstas legalmente son la guarda de hecho, la curatela, y el defensor judicial (artículo 250 del Código Civil), al suprimirse para tal finalidad la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Lo cierto es que la nueva regulación sitúa a la guarda de hecho y a la curatela en nivel preferente y subsidiario. La medida de apoyo judicial continuada —aunque limitada a las ocasiones en que se exige por sentencia su asistencia— más común será la curatela. Con ella se logra, al contrario de la sustitución en la capacidad, el complemento en su ejercicio mediante la asistencia (artículos 269 y 282 del Código Civil) de la persona necesitada del apoyo, aunque existirán supuestos en los que resulta imprescindible acordar una curatela representativa (artículo 269 del Código Civil), generalmente, cuando exista una imposibilidad real de conocer la voluntad de la persona con discapacidad porque carezca de un discernimiento suficiente que implique la inexistencia o grave limitación de su capacidad de decidir, aunque reciba el apoyo adecuado.

Atendiendo a la figura del defensor judicial su nombramiento procede cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente, esto es, cuando se precise su nombramiento para un acto de trascendencia patrimonial para el que no es preciso proveer a la curatela y no se quiere atribuir por algún motivo la representación al guardador de hecho¹⁶¹. Su extensión resulta determinada en la correspondiente resolución judicial.

En este contexto, el defensor judicial como tal medida de apoyo tendrá por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Además, debe estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. El defensor judicial como persona que presta apoyo, deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Asimismo, como inherente a cualquier medida de apoyo, se fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro (de ahí, la temporalidad y la mínima intervención de la medida). A la vez que, se fomenta la necesaria revisión de todas las medidas de apoyo, con lo que tales planteamientos casan perfectamente con su naturaleza ocasional, aun siendo su actuación recurrente, su temporalidad —pues, su nombramiento obedece a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado—, su carácter subsidiario al entrar en juego cuando no operan adecuadamente otras medidas de apoyo, sustituyendo o supliendo a sus titulares; su provisionalidad; la variedad de supuestos de actuación —pues, su campo de operatividad no se limita a la resolución del conflicto de intereses, sino que se le dota de un ámbito competencial propio y diferenciado de otras medidas—; su designación o nombramiento será judicial, y en fin, como medida de apoyo formal ocasional y autónoma, su actuación se desvincula de las otras medidas de apoyo¹⁶². Junto con la guarda de hecho dejan de ser instituciones de protección y guarda “secundarias”, para convertirse en auténticas medidas de apoyo con idiosincrasia propia.

Por otra parte, recordemos que, en sede de menores, el defensor judicial es un cargo autónomo que, en determinados supuestos sustituye en sus funciones a los representantes legales (patria potestad y tutela)¹⁶³; además de una institución formal de apoyo, y con funciones asistenciales, de complemento de la capacidad en el caso de menores de edad emancipado.

Como tal cargo autónomo o, en su caso, medida de apoyo será la propia autoridad judicial la que concretará su contenido, teniendo en cuenta siempre el cargo principal sustituido y el supuesto concreto de intervención (artículos 235 y 295 del Código Civil). En consecuencia, será aquella la que determine las concretas funciones que se le asignan o los asuntos en que sea necesaria su intervención, atendiendo a las circunstancias del caso y de la persona con discapacidad; especialmente, si tenemos presente que se nombra un defensor judicial cuando la persona con discapacidad requiere el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente. De todas formas, el ámbito funcional de esta medida de apoyo coincide con el que con carácter general se concreta en el artículo 249.3 del Código Civil de naturaleza asistencial de las medidas y solo excepcionalmente, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no querer representación.

De todas formas, el defensor judicial comparte muchas de las características de otras figuras de guarda como la tutela y la curatela en la defensa de los intereses tanto de los menores de edad no emancipados, menores emancipados y personas con discapacidad¹⁶⁴.

Ahora bien, en la Ley 8/2021 el Título IX del Libro Primero pasa a referirse a la tutela y la guarda de los menores, mientras que el Título X se destina a la mayoría de edad y la emancipación. En consonancia con ello, la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que, no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial. También se recoge la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquellas en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o entre el menor y sus representantes legales, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural que la figura de apoyo habitual lo ejerza. Ciertamente, tanto el defensor judicial como la curatela solo son posibles cuando no existe guardador de hecho¹⁶⁵.

Por otra parte, se ofrece un tratamiento diferenciado entre el defensor judicial del menor de edad no emancipado —artículo 235 y 236— y, el defensor judicial de la persona con discapacidad —artículos 295 a 298—, a diferencia de la regulación anterior que optaba por un tratamiento unitario (artículos 299 a 302 del Código Civil).

En todo caso, la escasa regulación del Código Civil determina el obligado complemento de la misma con el tratamiento que a tal fin ofrece tanto la doctrina como la jurisprudencia. No obstante, conviene señalar que, la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre supuso una nueva redimensión del cargo de defensor judicial, ampliando los supuestos y ámbito de su intervención, y al mismo tiempo el otorgamiento de una regulación legal de la que carecía. Ciertamente, la actuación originaria del defensor judicial sólo tenía lugar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales a la que dedicaba un solo precepto (antiguo artículo 165)¹⁶⁶, que fue objeto de reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, concretando su actuación en la existencia de un interés opuesto de los padres con sus hijos menores de edad no emancipados (antiguo artículo 163); que, posteriormente, se amplía con la citada reforma de 1983, también al ámbito de las relaciones tutelares¹⁶⁷, regulándose, de esta forma, por primera vez unitariamente el cargo, acabándose con las dudas que, existían anteriormente ante la ausencia de una normativa específica.

1. CONCEPTO Y CARACTERES

No se conoce antecedente directo de la figura de defensor judicial; sin embargo, alguna parte de la doctrina señala como posible precedente legal el artículo 159 del Proyecto del Código isabelino de 1851, que establecía que en todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serían estos representados en juicio y fuera de él por su procurador que, se les nombraría judicialmente para cada uno de los casos. Se trataba de un representante en juicio nombrado por el juez y cuando existiese “conflicto de intereses”¹⁶⁸. El propio GAR-

CÍA GOYENA señalaba que el origen del artículo 159 se encontraba en el artículo 365 del Código Civil holandés, haciendo constar la irrelevancia de la denominación que, se adoptase —procurador, curador *ad hoc.*, etc.—, pues, en definitiva “el nombrado haría las veces del protutor en la tutela”, y remitiéndose al artículo 188.1 en que se establecía como obligación del protutor “1. A sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los del tutor”¹⁶⁹.

Por otra parte, no faltan quienes yendo más atrás, hacían referencia a la regulación que sobre la curaduría especial se contenía en los artículos 533 a 540 dentro del Capítulo XIII, del Título XIII dedicado a la tutela y a la curaduría del Proyecto de Código Civil de 1836, en cuyo artículo 533 se establecía que, curador especial es el que se da para uno o varios negocios determinados. Si bien, cuando se trata de pleitos, la persona encargada se llama curador *ad litem*¹⁷⁰. Como señala COUTO GÁLVEZ el criterio que sigue el Proyecto de 1836 sobre esta materia, es idéntico al trabajo de CAMBRONERO¹⁷¹.

Fuera del ámbito estrictamente legal, en el año 1977 se publicó por la Fundación General Mediterránea y la Dirección General de Servicios Sociales —SEREM—, un Anteproyecto para la reforma de los preceptos relativos a la tutela redactado por los profesores DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA, en cuyo artículo 222 se enumeraba como instituciones tutelares: 1) La patria potestad prorrogada; 2) La tutela; 3) La curatela; 4) El defensor judicial; 5) La guarda de hecho, y, se dedicaba el Capítulo V, artículos 301 a 306, a regular la institución del defensor judicial. Este trabajo sirvió de base para la elaboración de los sucesivos Proyectos de Ley de reforma en materia de tutela, que culminaron finalmente en la citada Ley 13/1983¹⁷².

Sobre tales posibles precedentes, el defensor judicial, en palabras de LETE DEL RÍO, se puede definir como “un cargo mediante el cual la persona que lo ejerce suple temporal y provisionalmente a los padres, tutor, para la representación y amparo, o asistencia del menor”¹⁷³. Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ señala que “el defensor judicial es la persona que, en virtud de resolución judicial, asume temporalmente la representación y amparo de los menores de edad en los casos previstos en la Ley —STS de 17 de enero de 2003—, y con las atribuciones que le hubiera conferido el juez al designarlo —antiguos artículos 299 y 302 del Código Civil—”¹⁷⁴. Con respecto a la nueva regulación define el defensor judicial de la persona con discapacidad como “la persona que, en virtud de la correspondiente resolución, asume la función de prestar apoyo de modo ocasional a la persona que lo precisa en el ejercicio de su capacidad jurídica”¹⁷⁵. ORDAS ALONSO lo conceptúa como “la persona que asume temporalmente los intereses de los menores de edad o de los incapacitados (personas con discapacidad), cuando la persona que legalmente puede hacerlo, padres, tutores o curadores no lo hacen”¹⁷⁶. Conforme la nueva regulación, si bien referido al defensor judicial de menores de edad no emancipados ÁLVAREZ ÁLVAREZ lo determina como “un cargo a través de cual una persona de manera provisional y temporal suple a los progenitores o al tutor para la representación provisional y temporal suple a los progenitores o al tutor para la representación y amparo del menor”. A lo que añade “le representa y ampara, es decir, comprende tanto la representación como la asistencia, pero entendidas en sentido general y no técnico”¹⁷⁷.

Con anterioridad, se caracteriza básicamente por ser un cargo tuitivo ocasional o esporádico, frente a la relativa continuidad temporal de la tutela y de la curatela; y al propio tiempo, compatible con la existencia de los restantes mecanismos tutelares, e incluso con el ejercicio de la patria potestad por los progenitores del menor de edad¹⁷⁸. Lo cierto es que, como destacaba LETE DEL RÍO el cargo de defensor judicial era *temporal, ocasional o esporádico* porque su nombramiento obedecía a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado, y al desaparecer éstas se extingue y cesa la figura —frente a la continuidad de la tutela—; a la par que tenía carácter *subsidiario*, porque actúa en lugar de los padres, tutor o curador; *provisional* para supuestos concretos y evitar que se quede sin protección el menor de edad no emancipado o la persona con discapacidad; y su designación o nombramiento era *judicial*, porque su nombramiento lo efectúa siempre la autoridad judicial¹⁷⁹. A estos caracteres de temporalidad, subsidiariedad y origen judicial, GETE-ALONSO y CALERA añadía la posible coexistencia del defensor judicial con la patria potestad, con la tutela y la curatela¹⁸⁰; y FLORENSA i TOMÁS la supletoriedad, porque exigía la previa existencia de un sistema de protección de un cargo principal al que está sometido el protegido; y la transitoriedad, que se manifestaba en que el defensor, se nombraba para resolver una cuestión puntual respecto de la que existen intereses contrapuestos (la expresión utilizada por la disposición legal es “algún asunto”); o, se nombraba a un nuevo tutor o curador. Una vez solventado el asunto conflictivo, y con ello desaparecida la contradicción de intereses, o cesada la causa que, había motivado el no desempeño adecuado de las funciones; o designada, en su caso, otra persona para ocupar el cargo de tutor o curador; la función del defensor judicial había concluido¹⁸¹. De forma que, atendiendo a tales caracteres, no era posible considerar que, el defensor judicial fuese un representante originario y permanente del menor de edad no emancipado, sino que su intervención iba a exigir siempre la existencia de un previo representante o legitimado legal al que sustituir durante un tiempo determinado. Esto no quiere decir que, el cargo de defensor judicial careciese de autonomía, debido precisamente a su naturaleza supletoria y subsidiaria.

Con la actual reforma, el defensor judicial, además de una medida de apoyo formal con funciones asistenciales como regla general (excepcionalmente, representativa), es un cargo principal o autónomo ya que, en determinados supuestos sustituye en sus funciones al curador o guardador de hecho cuando la persona con discapacidad requiere el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente¹⁸²; también complementa la capacidad el caso de menores de edad emancipados —lo que antes llevaba a cabo el curador—. De forma que, partiendo que se puede designar ahora un defensor judicial tanto para el apoyo de las personas con discapacidad como para la protección de menores son caracteres: la *transitoriedad* —actuación concreta y delimitada en el tiempo—; la *subsidiariedad* —cuando los padres, tutores o curadores no desempeñaban por las razones que fueran sus funciones de guarda y asistencia—; y, la *temporalidad* en el nombramiento judicial se mantiene en relación con los menores de edad no emancipados. Sin embargo, tales caracteres se diluyen en relación con las personas con discapacidad al configurarse como una medida de apoyo formal; lo que, determina su carácter autónomo como tal cargo, aunque la necesidad de apoyo sea puntual y reiterada en el tiempo (artículo 295.5 del Código Civil)¹⁸³.

Ello supone que, una persona con discapacidad puede no necesitar apoyo de manera habitual y permanente, pero si una asistencia puntual, aunque recurrente en su operatividad. Lo que justifica su carácter estable y no permanente. Si bien, tal planteamiento conviene precisar que, la subsidiariedad puede también tener lugar en la actuación del defensor judicial como medida de apoyo, cuando, precisamente, suple las funciones otorgadas a la medida de apoyo nombrada en los supuestos de conflicto de intereses, imposibilidad, excusa, remoción. En fin, con relación a los menores de edad emancipados, el defensor judicial cumple con una función de complemento de la capacidad en defecto de sus progenitores o tutor en cuanto necesita el consentimiento de aquél para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (artículo 247 del Código Civil). Por lo que, opera en sustitución de los progenitores y para aquellos actos claramente fijados legalmente (transitoriedad).

Ahora bien, como tal cargo autónomo o, en su caso, medida de apoyo será la propia autoridad judicial la que concretará su contenido, teniendo en cuenta siempre el cargo principal sustituido y el supuesto concreto de intervención (artículos 235 y 295 del Código Civil). En todo caso, el nombramiento del defensor judicial afecta al ejercicio del cargo tutelar o patria potestad, o a la concreta medida de apoyo, pero nunca por sí mismo al cargo protector; pues, coexistirá con los padres, tutor, con independencia del supuesto que haya dado lugar al nombramiento de defensor (artículo 235 del Código Civil)¹⁸⁴ y su función de apoyo será ocasional, manteniéndose en su caso la medida judicial de curatela establecida. La titularidad del cargo sólo será suprimida mediante la privación o suspensión de la patria potestad, o la remoción en el cargo del tutor o del curador.

Por otra parte, el cargo de defensor judicial, como cargo tutelar en el supuesto de menores de edad no emancipados, es obligatorio e irrenunciable sin justa causa. Ello deriva del artículo 200.1 del Código Civil.

A estos caracteres, la doctrina añade la necesidad que el defensor reúna determinadas condiciones personales tales como: *independencia* que, significa ausencia de influencias posibles por parte de los titulares de la representación legal suspendida en todo o en parte; *honorabilidad*, como ausencia de reproche social en su comportamiento; *imparcialidad*, entendida como objetividad en las determinaciones o decisiones¹⁸⁵; y, habrá de responder a los principios de *proporcionalidad*, *necesidad* y *mínima intervención*, como atender a la voluntad, deseos y preferencia de la persona con discapacidad en su configuración como medida de apoyo formal y autónoma¹⁸⁶.

2. NOMBRAMIENTO Y CONTENIDO

Con respecto a este cargo y su nombramiento el artículo 236 del Código Civil señala “el defensor judicial del menor ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos”, a diferencia del antiguo artículo 299 del citado cuerpo legal que aludía a que el defensor judicial representa y ampara los intereses de una persona, sin hacer referencia directamente al menor como en la regulación actual; ya que la anterior regulación, como hemos

indicado, era unitaria —tanto se protegía a los menores como a las personas con discapacidad—. Lo que determina que, se tendrá en cuenta la voluntad, los deseos del menor atendiendo a su personalidad en el ejercicio de sus derechos, sin perder el principio fundamental que preside toda intervención en la que hay menores de edad no emancipados, como es la de tomar en consideración lo que es mejor para su interés (interés superior del menor).

En este contexto, corresponde al Juez, el encargado de especificar las funciones que debe cumplir el defensor judicial, y, por tanto, delimitará el alcance de la sustitución (artículo 235 del Código Civil)¹⁸⁷. De forma que, no puede extralimitarse en las funciones atribuidas por el juez, aunque sustituya en el cargo a los representantes legales.

En este supuesto, actúa como representante del menor; mientras, como veremos, en el caso de defensor judicial de la persona con discapacidad tiene como toda medida de apoyo una función asistencial, aunque excepcionalmente puede llegar a ser representativa¹⁸⁸.

El contenido del cargo será más o menos amplio dependiendo del supuesto al que se ha de atender¹⁸⁹. Así, en caso de conflicto de intereses las atribuciones del defensor judicial se limitan al contenido del “asunto” —acto o contrato específico de que se trate— (artículo 235.1 del Código Civil habla de “algún asunto”); de forma que, la sustitución de los padres o del tutor por el defensor judicial quedará limitada a ese asunto o asuntos concretos donde haya contraposición de intereses, siendo compatible con tales cargos en los restantes asuntos en los que éstos no han sido suspendidos de sus funciones; mientras que en el supuesto de no desempeño de las funciones por parte del tutor contenido en el artículo 235.2 del Código Civil el defensor sustituye en el cargo a tal representante legal o legitimado para actuar en la toma de decisiones que, afectan al menor, como si de un tutor se tratara, sin que pueda extralimitarse en las funciones asignadas por el Juez, y, sin que, asimismo, pueda tener un ámbito de actuación más amplio que el que corresponde precisamente, al representante legal (tutor) al que sustituye temporalmente, alcanzándole, igualmente, las limitaciones inherentes a tales cargos. En consecuencia, cuando el defensor se extralimite en sus funciones o no habiéndose concretado, su actuación excede de lo que representa el contenido atribuible a la legitimación legal suspendida (tutela), el acto realizado será nulo y tendrá la misma consideración que con arreglo al artículo 1259 del Código Civil merece el acto realizado en nombre de otro sin autorización, es decir, lo que se ha venido considerado como un supuesto de “ineficacia relativa” e “irrelevancia” del acto o negocio, con la consiguiente posibilidad de ratificación¹⁹⁰.

Con todo y como cargo de guarda, le corresponderá en los términos del artículo 235.1 del Código Civil “representar y amparar” los intereses del menor en los supuestos regulados y anteriormente mencionados¹⁹¹ y en juicio o fuera de él¹⁹². En todo caso, la representación y amparo alcanza tanto a los intereses patrimoniales, como a los personales y familiares o morales.

Ahora bien, la naturaleza supletoria y subsidiaria del defensor judicial —pese a ser un cargo tutelar autónomo— le impide tener un contenido funcional propio, como sucede con los demás órganos de protección. Se puede decir que, su función tutelar goza de cierta versatilidad, pues, unas veces intervendrá, sustituyendo completamente al tutor, representando a los menores de edad o emancipados o

asistiendo a los menores de edad no emancipados; y otras veces, esa representación o asistencia se concretará en un asunto con el que exista conflicto o contraposición de intereses. Por eso, como dice PUIG FERRIOL “el defensor judicial tendrá las mismas atribuciones que la ley confiere al tutor o curador, a los cuales sustituye provisionalmente, a menos que el Juez acuerde otra cosa al hacer cada concreto nombramiento”¹⁹³. De forma que, el contenido funcional del cargo de defensor judicial es determinado normalmente *per remissionem*¹⁹⁴; y, estará sometido a las prohibiciones establecidas en el artículo 226 del Código Civil para el tutor. Asimismo, si éste necesita intervención o autorización judicial para un acto determinado, igual exigencia tendrá la actuación del defensor judicial en cuanto sustituye a tal representante legal en sus funciones. En esta línea, se ha planteado en la doctrina la cuestión de si la partición hereditaria en la que interviene un defensor judicial en representación de los menores de edad no emancipados ante un conflicto de intereses existente con los padres o tutor, necesita o no de la aprobación judicial, o está implícita ya ésta en el propio contenido de su actuación determinado judicialmente. En este punto, se ha optado mayoritariamente por un tratamiento homogéneo con independencia del cargo protector al que sustituye el defensor judicial; de manera que, éste no necesitará de la aprobación judicial de la partición en la que interviene representando a los menores, tanto si en tal acto sustituye a los padres o al tutor; siendo, en consecuencia, aplicable en ambos casos la norma contenida en el artículo 1060 del Código Civil, y ahora el artículo 289 del Código Civil en sede de curatela por la remisión del artículo 224 del Código Civil en la tutela¹⁹⁵.

Una vez concretado por el Juez el ámbito de actuación del defensor, esto es, el contenido funcional que legitima su intervención, ante cualquier duda que, pueda surgir relativa a su alcance, sobre todo en los casos del artículo 235.2.º del Código Civil, si el Juez no precisara nada en particular. La doctrina se muestra vacilante: así algunos autores optan por una de interpretación restrictiva, considerando que, no se puede actuar más allá del mandato que se le ha conferido, sin que, por tanto, pueda entenderse que, asume siempre las mismas funciones que, la ley asigna al tutor; pues, la representación del defensor es una excepción a la representación legal de éste, al tratarse de una figura distinta a la tutela y necesariamente provisional¹⁹⁶; frente a quienes defienden que, el defensor judicial podrá intervenir también en aquellos asuntos, que aparezcan necesariamente enlazados con el que ha determinado su nombramiento, esto es, que la actuación del defensor se puede desplegar en todo el ámbito propio del tutor al que sustituye provisionalmente¹⁹⁷.

Corresponde al Juez, en consecuencia, especificar necesariamente cuáles son las “atribuciones” (funciones) del mismo y su extensión y límites¹⁹⁸.

En cuanto al nombramiento del defensor judicial, tanto la designación de la persona como la delación de cargo es atribución exclusiva y excluyente del Juez, así lo dispone el artículo 235 del Código Civil. Por tanto, la designación y delación del defensor es siempre dativa; de ahí, su consideración de cargo judicial y su denominación como defensor judicial. El expediente de jurisdicción voluntaria para nombramiento de defensor judicial se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o cualquier otra persona que actúe en interés de éste (artículo 28 de la LJV)¹⁹⁹.

Ahora bien, tras la LO 1/2025 consideramos que, no resulta obligatorio el uso de medios adecuados de solución de controversias (MASC) para el nombramiento de defensor judicial. Ciertamente, la necesidad de tal nombramiento surge de la existencia, por ejemplo, de un conflicto de intereses o la falta de representante legal y no tanto de la obligación de intentar una solución extrajudicial previa. Al respecto, el artículo 4.1 apartado segundo de la citada LO 1/2025 dispone que, no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni aun por derivación judicial, los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En este contexto, el nombramiento de defensor judicial en sede de relaciones paterno-filiales resulta operativo cuando la oposición de intereses de los padres con sus hijos menores de edad no emancipados alcanza a ambos progenitores; pues, si tal conflicto u oposición es con uno sólo corresponderá al otro, actuar como defensor judicial, en una suerte de atribución *ex lege* y automática de la representación, al no necesitar especial nombramiento para representar al hijo o completar su capacidad²⁰⁰ —supuesto que acoge, asimismo, a los patria potestad prorrogada o rehabilitada o curatela ejercidas también por ambos padres—. Siendo intrascendente que, los padres del menor se encuentran o no casados, pues, en cualquier caso la patria potestad la titularidad y el ejercicio es conjunto. No obstante, si la filiación esté determinada respecto de uno de los progenitores, o, estándolo respecto a ambos, uno de ellos ha fallecido, el conflicto de intereses que tengan lugar entre los hijos menores de edad y el único progenitor reconocido o supérstite, exige el nombramiento de defensor judicial

Por otra parte, aunque el artículo 201 del Código Civil posibilita que, los padres puedan ordenar en testamento o documento público cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados —incluso el establecimiento de órganos de fiscalización de la tutela—, entre las que se podría incluir la designación de defensor judicial, —si se dieran las circunstancias para su nombramiento—; lo cierto es que tal designación no vinculará al Juez, que simplemente podrá tenerla en cuenta; y, en todo caso, podrá nombrarlo, si lo considera adecuado para el cargo²⁰¹.

Efectivamente, el Juez sólo nombrará como defensor a quien considera más idóneo para el cargo, ya sea un pariente o un extraño, sin que proceda aplicar la preferencia legal contenida en el artículo 213 del Código Civil —tutela legítima—²⁰², dado el amplio margen de discrecionalidad que el artículo 235 confiere al Juez para que, decida quién es la persona más adecuada para los intereses del menor de edad²⁰³; siendo la capacidad exigible para su desempeño, la misma que se exige a los titulares que vaya a sustituir, o la requerida para el acto o negocio sobre el que va a actuar representando o asistiendo al menor (pudiéndose aplicar las reglas que el Código Civil establece respecto a los tutores: condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y no esté incurso en ninguna causa de inhabilidad de los artículos 216 y 217 del Código Civil (artículo 211 del citado cuerpo legal)²⁰⁴.

En esta línea, cabe preguntarse, si puede el menor emancipado ser nombrado defensor judicial. A favor de la tesis afirmativa se argumenta que: 1.º El menor emancipado puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos —que incluye la facultad de representación y administración de bienes (artículo 154.2.2.º del Código

Civil)— sin asistencia de ningún tipo (artículo 157 del Código Civil interpretado a *sensu contrario*); de forma que, no parece que pueda existir inconveniente en que sea defensor, sobre todo teniendo en cuenta que la actuación como tal puede estar limitada a un asunto concreto; 2. El menor emancipado puede ser mandatario (artículo 1716 del Código Civil), por lo que tiene capacidad para actuar sobre un patrimonio ajeno (facultad de representar o poder para ello); 3. La actuación del menor emancipado como defensor puede ser modulada en atención a su capacidad, pues la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (artículo 247); de manera que, habrá que estar al supuesto que haya dado lugar a su nombramiento, y a las concretas funciones atribuidas por el Juez; 4. Además, puede por sí solo comparecer en juicio. De ahí que, se considere que podrá desempeñar las funciones del cargo de defensor en la medida que, sea designado para actos concretos que, pueda realizar por sí solo²⁰⁵. Sin embargo, en contra de esta posibilidad se aduce que, la emancipación sólo habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, y, no para regir la persona o bienes de otro²⁰⁶.

Por otra parte, no parece que pueda existir inconveniente en que, el Juez, si lo estima oportuno, pueda nombrar a una misma persona defensor judicial de varios hermanos, especialmente cuando se trate del supuesto comprendido en el artículo 235.2 del Código Civil, o cuando sean varios hermanos —sometidos a un mismo tutor— los que mantengan el mismo conflicto de intereses con su representante legal²⁰⁷.

En todo caso, el nombramiento del defensor judicial se realiza siguiendo los trámites previstos en los artículos 27 a 31 de la LJV, mediante expediente de jurisdicción voluntaria, siendo competente para el conocimiento de este el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad o, en su caso, aquél correspondiente al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial (artículo 48.1 de la LJV). Este expediente se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o cualquier otra persona que actúe en interés de éste. En la tramitación del presente expediente no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador.

Durante la tramitación del expediente, esto es, desde que se solicite la habilitación y hasta que acepte su cargo el defensor judicial o se archive el expediente por resolución firme, quedará suspendido el transcurso de los plazos de prescripción o de caducidad que afecten a la acción de cuyo ejercicio se trate.

En el caso que el menor haya de comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial.

Respecto a la comparecencia, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a tal comparecencia al solicitante, a los interesados que consten como tales en el expediente, a quienes estime pertinente su presencia, al menor o persona con discapacidad si tuvieran suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal.

En la resolución en que se acceda a lo solicitado se nombrará defensor judicial a quien el Letrado de la Administración de Justicia estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera.

El testimonio de la resolución de nombramiento de defensor judicial en el caso previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 27, esto es, hallarse los progenitores, tutor o persona designada para ejercer el apoyo en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio, se remitirá al Registro Civil competente para proceder a su inscripción (artículo 30 de la LJV).

Por otra parte, el defensor judicial deberá comunicar al órgano judicial la desaparición de la causa que motivó su nombramiento y, le serán aplicables al defensor judicial las disposiciones establecidas para la formación de inventario, en su caso, la excusa y la remoción de los tutores y para su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el Letrado de la Administración de Justicia competente.

En todo caso, se podrá nombrar como defensor judicial a una persona física como jurídica —al igual que, sucede con el curador— y a quien el juez considere como la persona más idónea para el cargo, sea o no pariente del menor o de la persona con discapacidad²⁰⁸.

En fin, respecto a los supuestos de complemento de la capacidad procesal, el artículo 7 de la LEC establece que, las personas menores de edad no emancipadas, ésta deberá hacerse mediante la representación, asistencia o autorización exigidas por la ley (artículo 7 de la LEC); y, en cuanto a la intervención del defensor judicial en la partición hereditaria el artículo 1060 del Código Civil dispone que: *“Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.*

Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial.

La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

3. SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN JURÍDICA

El artículo 235 del Código Civil enumera tres supuestos distintos de actuación del defensor judicial, de los que nos vamos a ocupar a continuación: 1) Si en algún asunto existe un conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley precisa otra forma de salvarlo. Coincide con la previsión normativa del artículo 163 del Código Civil: nombramiento de defensor judicial para los supuestos de que en algún asunto concreto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados. Si el conflicto es con un solo de los progenitores el otro ejercerá la patria potestad en este asunto

concreto y conflictivo; 2) Cuando por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; 3) Cuando el menor emancipado requiere el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 del Código Civil y, a quienes correspondan prestarlo no pueden hacerlo o existe con ellos un conflicto de intereses²⁰⁹. Por razones de espacio, sólo vamos a referirnos al primero de los supuestos de actuación citados.

1. *Conflicto de intereses entre menores y sus representantes legales: concepto y ámbito de aplicación*: el Código Civil en el apartado 1 del artículo 235 ordena nombrar defensor judicial “cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales”²¹⁰. Lo que, opera para quienes ejercen la patria potestad en línea con lo previsto en el artículo 163 del Código Civil²¹¹; y con relación al tutor, así el artículo 226.2.º del citado cuerpo legal prohíbe al tutor representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista un conflicto de intereses; y, asimismo, no podrá ser nombrado tutor a quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela, no de forma ocasional, sino prolongada en el tiempo (artículo 217.5 del Código Civil)²¹².

No se define en tal precepto que se entiende por “conflicto de intereses”, por lo que corresponde a la doctrina concretar el significado de tal concepto jurídico indeterminado.

No obstante, conviene precisar que, nuestro Código no siempre emplea la expresión “conflicto de intereses”, sino que utiliza otras denominaciones equivalentes con idéntico significado. Así lo ha puesto de relieve BADOSA COLL cuando precisa que “el Código Civil utiliza indistintamente “conflicto de intereses” (artículo 162.2.º, 163.2.º, 217.5, 295.2 del Código Civil); “oposición de intereses” (artículo 220 del Código Civil); “interés opuesto” (artículos 163.1 del Código Civil); o “incompatibilidad de intereses” (artículo 220 del Código Civil)”²¹³ —adaptado a la actual regulación—.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ señala que “existirá intereses opuestos en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo”²¹⁴. Por su parte, HERNÁNDEZ GIL entiende por oposición de intereses “posturas antagónicas en las que no puede atenderse a las dos a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada; actitud absolutamente inconciliable, antitética; el choque de los intereses personales del padre con los del hijo, de modo que necesariamente en su actuación surja el peligro de una decisión parcial; que lo que suponga provecho, ventaja para su patrimonio, constituya, al mismo tiempo, carga, perjuicio, gravamen, para el de los hijos”²¹⁵. Para FLORENSA i TOMÀS existirá, pues, “conflicto de intereses” determinante del nombramiento de defensor, “siempre que de la situación originada por intereses por sí mismo incompatibles —no por razón de negociación— haya de resultar el beneficio del titular del cargo protector en detrimento del sujeto protegido, agravando la posición o condición de éste; beneficio que no debe entenderse adecuado sólo a la esfera patrimonial, sino a todo lo que cabe dentro del término jurídico de “interés”, incluyendo el personal o moral”²¹⁶. En fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2003²¹⁷ “el conflicto existe cuando en la realización de actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro

el beneficio del menor o incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos”. MORENO MARTÍNEZ precisa que en este caso “confluye un interés extraño y opuesto que tiende a excluirlo total o parcialmente y que es tenido como propio por el representante, no pudiendo provocarle el beneficio del uno sin el perjuicio del otro”²¹⁸.

En todo caso, el conflicto debe ser calificado como tal desde el punto de vista objetivo, esto es, con independencia del comportamiento observado por los padres o el tutor en la relación que crea el perjuicio, y, aunque no exista ánimo de perjudicar. La Ley, por tanto, sólo contempla el conflicto de intereses como una situación objetiva, sin tener en cuenta el comportamiento anterior, ni mucho menos, la predisposición de ánimo del que ostenta la representación²¹⁹, siempre que ponga en peligro el interés del hijo al que representan, o del tutelado²²⁰. Asimismo, su alcance debe ser objeto de una interpretación restrictiva; e impone un examen particularizado por parte del Juez de cada caso a fin de comprobar la índole y extensión de los actos o contratos, tarea que la Resolución de la DGRN de 3 de abril de 1995²²¹ considera dificultosa²²². Los conflictos pueden afectar a intereses de naturaleza patrimonial —en este caso, se dará cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra—²²³, y extrapatrimoniales o familiar/personal²²⁴.

Tales conflictos han reunir las siguientes características: a) *El conflicto ha de ser real y no aparente*, es decir, ha de tener una influencia clara y determinante en el acto o negocio jurídico²²⁵. Los intereses deben ser incompatibles por sí mismo, es decir, debe tener una causa objetiva, independiente del comportamiento observado por el progenitor o el tutor. Se excluyen, por tanto, aquellas situaciones sin trascendencia sustancial para el acto o negocio jurídico; b) *El conflicto ha de ser actual y efectivo*, no meramente probable o eventual, esto es, existente en el momento de plantearse el asunto y no en base a conjeturas que puedan plantearse en un futuro. Se excluye, en consecuencia, la eventualidad, es decir, la simple consideración de que pueda o no producirse; c) Los intereses *han de ser incompatibles*²²⁶; d) El conflicto ha de ser de *cierta importancia o magnitud*, pero no de aquella que conlleve la privación o suspensión de la patria potestad, o que constituya causa de inhabilidad y remoción del tutor (antiguos artículos 216, 217 y 223 del Código Civil). Ni, por supuesto, se considerará conflicto de intereses, una mera discrepancia, tan intrascendente en intensidad, que forma parte de la realidad cotidiana de quienes asumen la patria potestad, o tutela; y, que puede ser resuelto en el propio seno de las relaciones familiares²²⁷; ni el ejercicio de una acción de separación de los tutores²²⁸; e) Afecte a un asunto concreto²²⁹; f) La Ley no prevea otra forma de salvarlo.

Ahora bien, hay que diferenciar conflicto de intereses, de reciprocidad de intereses que se implica que dos intereses pertenecientes a personas distintas pueden satisfacerse simultáneamente, es decir que “su satisfacción es compatible, aunque sea desequilibrada”²³⁰; y de la “simple concurrencia o coincidencia de intereses”, que tiene lugar cuando existe una identidad de aspiraciones entre los sujetos implicados²³¹. La simple coincidencia de intereses, como precisa HERNÁNDEZ GIL, “no autoriza para solicitar el nombramiento de defensor”²³²; si bien, coincide con el conflicto de intereses, en palabras de FLORENSA i TOMÁS en que “ambas son situaciones que existen previamente a una determinada relación jurídica al contrario de la reciprocidad de intereses”²³³. La concurrencia de intereses es, a su vez,

una situación teórica o idealmente previa, y que, puede desembocar en la situación del conflicto de intereses, pero como manifiesta GONZÁLEZ MARTÍNEZ que “en múltiples supuestos la concurrencia de intereses más bien será una garantía de la gestión paterna, que un motivo de recusación”²³⁴.

Además de la delimitación objetiva del conflicto de intereses en los términos expuestos, para completar la precisión de su alcance, se ha de proceder, asimismo, a concretar el ámbito subjetivo en el que se desarrolla, o lo que es lo mismo, se ha de determinar los sujetos entre los que puede existir intereses opuestos. Así, en las relaciones paterno-filiales, el artículo 235.1 del Código Civil exige que el conflicto se dé entre el menor de edad no emancipado y los dos padres (representantes legales)²³⁵, pues, en el caso que el conflicto sólo exista con uno solo de los progenitores, corresponde por Ley al otro progenitor representar al menor o completar su capacidad, según los casos —como señala el citado precepto *in fine* “salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo”—. Así el artículo 163.2 del citado cuerpo legal “si el conflicto existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad”.

No obstante, si uno sólo de los progenitores ostenta la titularidad de la patria potestad, bien, porque sólo se haya determinado respecto de él la filiación, o bien porque el otro ha sido privado de ella, y resulta que con él es precisamente con quien el hijo tiene intereses contrapuestos, debe nombrarse defensor judicial, no dándose el supuesto contenido en el artículo 235.1 del Código Civil y antes puesto de manifiesto. Ahora bien, en ambos tipos de relaciones —tutela plural y tutela unipersonal personal y patrimonial—, el defensor judicial solo va a actuar respecto de la situación de conflicto; de forma que los representantes legales del menor —padre y tutor— seguirán operando en el resto de la esfera personal o patrimonial del menor de edad no emancipado. En principio, el defensor judicial será nombrado para amparar los intereses del menor de edad no emancipado en esa concreta situación de conflicto y para ese menor. De tener hermanos también menores de edad no emancipados que tengan el mismo conflicto de interés con sus representantes legales, el juez podrá nombrar un defensor judicial que actúe en defensa de los intereses de todos los menores de edad no emancipado, o si considera conveniente un defensor judicial para cada hijo menor no emancipado,

Sobre tales bases, se ha de tener en cuenta que, en este caso, el defensor no es representante legal del menor, sino que actúa, prestándole su asistencia en orden al complemento de su capacidad. Cabe plantearse su aplicación en relación con el *nasciturus* (hijo concebido y no nacido), al respecto se pronunció afirmativamente HERNÁNDEZ GIL con relación al régimen legal derogado²³⁶, y, con tal parecer coinciden otros autores, argumentando al respecto que: 1) En base a los artículos 29 y 627 del Código Civil es posible sostener que el *nasciturus* puede ser representado; 2) El conflicto de intereses entre el representante legal y el concebido tiene las mismas posibilidades de producirse que, si el representado fuera nacido²³⁷.

Por otra parte, el interés opuesto puede tener lugar entre dos hijos sometidos a la patria potestad de los mismos padres. Ante el silencio de la norma, como argumento a favor de la posibilidad de nombrar defensor en estos casos, se aduce que no pueden los padres representar a uno de los hijos sin entrar en colisión con el otro, pues, necesariamente, se beneficiará el interés de uno en perjuicio del otro;

por lo que estaríamos ante la hipótesis de oposición de intereses prevista en el artículo 235.1 del Código Civil²³⁸.

En todo caso, el citado artículo 235.1 del Código Civil se refiere a los conflictos de intereses que puedan existir “entre los menores y sus representantes legales”²³⁹. Dentro de los representantes legales, obviamente, se incluyen a los progenitores y tutores. Respecto, a los menores ha de entenderse referido, por un lado, a los menores de edad no emancipados sujetos a patria potestad o tutela (artículo 199.2 del Código Civil); y por otro a los menores de edad no emancipados “cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deben completar” (artículo 163.1 *in fine* del Código Civil).

En cuanto a los “asuntos” que puede ser motivo de conflicto en la tutela y patria potestad, serán tanto personales o familiares, como patrimoniales.

Ahora bien, puede darse el caso que exista una pluralidad de tutores nombrados, como prevé el artículo 218 del Código Civil y darse la posibilidad prevista en el artículo 235.1 *in fine* del citado cuerpo legal que, la ley prevea otra forma de salvarlo. Si existen cargos distintos respecto de la persona y bienes del tutelado, cuando el conflicto de intereses surja con uno sólo de ellos; el otro no podrá representar al tutelado, por lo que será necesario el nombramiento de defensor judicial²⁴⁰. En el caso de tutela conjunta (en el que los tutores ejerzan sus funciones mancomunadamente), el artículo 220 del Código Civil posibilita que sea realizado el acto por el otro tutor, o de ser varios, por lo demás en forma conjunta. Si no ejercen los tutores el cargo de forma mancomunada, sino solidaria, la solución es similar a la anterior, pues, lo ejercerá el otro tutor (artículo 219.1 del Código Civil)²⁴¹. Asimismo, si la tutela se encomienda a varios tutores se ejercitará conjuntamente, pero valdrá lo que haga con el acuerdo del mayor número. No obstante, si no hay acuerdo, la autoridad judicial, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente madurez, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá la autoridad judicial reorganizar su funcionamiento e incluso nombrar nuevo tutor (artículo 219.2 del Código Civil).

En este contexto, habrá *conflicto de intereses* en materia sucesoria, cuando el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (Resolución de la DGRN de 12 de octubre de 1895; y sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1968); si se trata de la división de la herencia en que padre e hijo sean coherederos o la madre, faltando el padre, tiene derecho a la cuarta marital (Resoluciones de la DGRN de 10 de noviembre de 1910; de 31 de enero de 1913; de 21 de junio de 1917; y de 25 de enero de 1928); si la madre representa al menor en herencia en que se le adjudican bienes en usufructo de los que sean nudos propietarios los hijos (Resolución de la DGRN de 27 de noviembre de 1896); cuando los padres e hijos e hijos son respectivamente herederos y legatarios en una misma sucesión, siendo indiferente que el legado sea de cosa específica, genérica o de cantidad (Resoluciones de la DGRN de 30 de enero de 1915; y de 6 de noviembre de 1934); en la partición de la herencia en la que el padre o la madre y el hijo concurren a la herencia como coherederos (Resolución de la DGRN de 27 de enero de 1987)²⁴², o para la formación de inventario y la partición parcial de herencia y adjudicación de bien presuntivamente ganancial en proporción de una mitad indivisa a la madre-viuda y de la otra mitad de ella y a sus dos hijos en usufructo y en propiedad en

la misma proporción que les corresponde en la herencia del causante. Se entiende que, puede haber una posible disminución de la cuota hereditaria de los hijos, si se llegar a demostrar el carácter privativo del precio pagado por el causante en la adquisición del bien adjudicado (Resolución de la DGRN de 3 de abril de 1995)²⁴³; o cuando el hijo es heredero y el padre o la madre tienen derecho a la liquidación de la sociedad conyugal en cuyo caso, surge el conflicto no en la realización del inventario de los bienes gananciales, sino en el momento de las adjudicaciones, salvo si se adjudican en comunidad romana (Resoluciones de la DGRN de 25 de mayo y 5 de octubre de 1906; de 6 de febrero de 1995; y, de 15 de septiembre de 2003)²⁴⁴; en el caso de aceptación de herencia, entrega de legados y venta de bienes comunes con el resto de los herederos y, de bienes de los que es propietaria en pleno dominio la persona incapaz²⁴⁵; igualmente, se considera que existe un conflicto de intereses entre los hijos y su madre que obliga al nombramiento de un defensor judicial para otorgar escritura de aceptación de la herencia²⁴⁶; asimismo, en la división de la cosa común formando lotes entre los interesados (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1996)²⁴⁷; o, en la partición de la herencia en que el tutor es también heredero (Resolución de la DGRN de 19 de abril de 2017)²⁴⁸; también en la partición de la herencia para garantizar la imparcialidad en la defensa de los intereses del menor (sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 26 de enero de 2007²⁴⁹); asimismo, en relación con alguno de los medios de conmutación del usufructo viudal (artículo 839 del Código Civil) y hay hijos menores representados por el cónyuge viudo en esta elección, sin que sea posible atribuir para ello bienes en propiedad son el consentimiento expreso de todos los herederos, por lo que, procede el nombramiento defensor judicial en cuanto existe oposición de intereses entre la madre y sus hijos menores²⁵⁰; o cuando se grava o condiciona la legítima con una cautela sociini²⁵¹, entre otros supuestos. En un ámbito negocial, hay conflicto en la cancelación de una hipoteca entre la madre dueña de la finca hipotecada y los menores dueños de aquélla (Resolución de la DGRN de 19 de mayo de 1900); en la constitución de una hipoteca voluntaria (Resolución de la DGRN de 6 de julio de 1917); en el supuesto que, el hijo presta su consentimiento como avalista solidario en la póliza de crédito que sirve de título para la ejecución, y no tiene intereses directos en la operación (sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 18 de noviembre de 1996²⁵²); cuando ambos progenitores pretenden utilizar el porcentaje de participaciones de las que el menor es titular para formar las mayorías legales y/o estatutarias exigidas para la adopción o rechazo de los acuerdos de la sociedad mercantil (sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de junio de 2001²⁵³); en la venta de acciones de una sociedad de la que son titulares los hijos con posible ejercicio por aquéllos del derecho de adquisición preferente (auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 9 de junio de 2000²⁵⁴); para evitar poner en peligro el patrimonio del menor, si se permite al progenitor paterno administrarlo²⁵⁵; y, en supuesto de autocontratación²⁵⁶. Finalmente, en materia familiar (extrapatrimonial) habrá conflicto de intereses cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales²⁵⁷, y, en los procedimientos de filiación (reclamación e impugnación de la paternidad)²⁵⁸, entre otros.

Por otra parte, *no hay conflicto de intereses*, cuando se efectúa la partición por amigables componedores con autorización judicial (Resoluciones de la DGRN de

10 de septiembre de 1902; y, de 22 de noviembre de 1911); cuando el padre o la madre renuncia a sus derechos sucesorios o sobre bienes gananciales (Resoluciones de la DGRN de 9 de octubre de 1901; de 26 de noviembre de 1906; y de 23 de noviembre de 1910)²⁵⁹, siempre que la renuncia sea anterior al acto en que se representa al hijo (Resolución de la DGRN de 26 de febrero de 1906); en la manifestación de la herencia cuando la madre en nombre propio y como legítima representante de sus hijas menores en ejercicio de la patria potestad respecto de la herencia del esposo y padre respectivamente²⁶⁰; en la adjudicación *pro indiviso* de dos fincas hereditarias al ser una operación sin trascendencia económica, y desde el punto de vista jurídico, supone solamente que la comunidad sobre todo el patrimonio hereditario activo y pasivo se transforme en una comunidad romana o por cuotas indivisas sobre cada uno de los bienes de la herencia²⁶¹; en la reclamación de las indemnizaciones por accidente, pues, aunque el padre o la madre, como representantes legales, son las que han de recibirlas, éstas al ser determinadas por los Tribunales en cantidad fija quedan los padres privados de todo arbitrio o facultad para perjudicar a sus hijos señalando otras sumas inferiores en su propio beneficio²⁶²; cuando los intereses sean paralelos, como si los padres e hijos son coherederos que reclamen derechos comunes (Resoluciones de la DGRN de 31 de mayo de 1909; y, de 27 de enero de 1987)²⁶³; cuando piden un crédito común (sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 1903); o hipotecan posiciones indivisas de una misma finca (Resolución de la DGRN de 6 de julio de 1917); en convenio de resolución de compraventa celebrada por el padre como comprador antes de su fallecimiento. Actuación de la viuda en representación de sus hijos. El interés de estos y de la propia herencia fue el que determinó la resolución contractual para evitar que la misma quedara sujeta al pago de un precio elevado. Se entiende válido el convenio²⁶⁴; en la escritura de aceptación de herencia otorgada ante notario por la madre de los demandantes²⁶⁵; o, en fin, liquidan una sociedad mercantil en que ambos son partes (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1912). En el ámbito extrapatrimonial, no se aprecia conflicto de intereses por el posterior nombramiento judicial como tutor al instituto que intervino como defensor judicial²⁶⁶; ni en la escritura de liquidación de gananciales y adjudicación de herencia en cuanto la atribución preferente por la viuda del causante de la vivienda habitual, no hay oposición o conflicto de intereses entre los herederos menores y su madre que los representa legalmente en la herencia de su abuelo, a la que acceden por derecho de transmisión, tras el fallecimiento de su padre, heredero y legatario del citado abuelo²⁶⁷; ni en el caso del curador que carece de interés en la herencia²⁶⁸.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, D. (2017). “La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades”. En: M.^a V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- ALONSO PÉREZ M. “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996,

- de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, *Actualidad Civil*, número 2, semana del 6 al 12 de enero de 1997, pp. 17-40.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2021) “Comentario al artículo 295 del Código Civil”, En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- (2021). “Comentario al artículo 295 del Código Civil”, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (2021). “Comentario al artículo 248 del Código Civil”, En: C. Guilarte Martín Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- BALLESTEROS DE LOS RIOS, M. (2001). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (1984). “Comentarios a los artículos 154 1 161 y 164 a 16 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Madrid: Tecnos. CÁSTAN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). “La patria potestad”. En: V.M. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV, Familia*, vol. 2.º, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters Aranzadi.
- CASTÁN TOBENAS, J. M.ª (1982). “Comentario al artículo 154 del Código Civil”. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III*, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid: Edersa.
- (1991). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”. En: C. Paz-Ares Rodríguez; R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León; y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil T.I*, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.ª ed., Madrid: La Ley.
- COUTO GÁLVEZ, R.M.ª (2000). “Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil”. En: En: J. Rams Albesa y R. María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, vol. 2.º, Bosch: Barcelona.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J.M. (1982). “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, pp. 355-420.
- DÍEZ GARCÍA, H. (2013). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, Valencia: tirant lo blanch.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1982). “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, número 1, pp. 3-30.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, décima edición, Madrid: Tecnos.
- ESPÍN CANOVAS, D. (1996). “Comentario al artículo 39 de la Constitución Española”. En: O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, dirigidos por, T. IV*, Madrid: Edersa.

- ESTELLÉS PERALTA, P. M.^a (2024). “La patria potestad”. En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), *GPS Familia*, 2.^a ed., Valencia: tirant lo blanch.
- FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, Madrid: Cuadernos Civitas.
- FUENTES NORIEGA, M. (1986). *La patria potestad en el Código Civil español*, Madrid: Colex.
- GÁLVEZ, FCO. J. (1985). “Comentario al artículo 39 de la Constitución Española”. En: F. Garrido Falla (coord.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2.^a ed., Madrid: Civitas.
- GARCÍA PASTOR, M. (1997). *La situación de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, Madrid: McGraw-Hill.
- GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”. En: V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV, Familia, vol. 2.º*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor”. En: V. Cabedo Mallol e Isaac Ravellat Ballesté (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Valencia: tirant lo blanch.
- HUETE NOGUERAS, J.J. (2017). “Desafíos de la nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal”. En: M.^a V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2008). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, tercera edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia, T. VI*, 7.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- LLODRÁ GRIMALT, F. (2018). “Comentario al artículo 11 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, directores, Madrid: Dykinson.
- MARTÍN MORÓN, M.^a T. (1989). *Voz “Patria potestad”*, *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIX*, Barcelona.
- MARTOS CALABRÚS, M.^a A. (2023). *El defensor judicial de la persona con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”. *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia, vol. II*, AAVV, Madrid: Tecnos.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, Madrid: Montecorvo.
- NEVADO MONTERO, J.J. (2020). “Los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad. La elección del nombre de los hijos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana, número 13, agosto*, pp. 334-359.
- (2021). *El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores*, Barcelona: Bosch.
- ORDÁS ALONSO, M. (2021). “Comentario al artículo 235 del Código Civil”, En:

- Rodrigo Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, coordinador, 5.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). “Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica”. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Gayo (dirs.), C. Gil Membrano y J.J. Preter Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Barcelona: Bosch.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- (2017). “Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores”. En: M.^a V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi.
- (2024). “La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad”. En: C. Martínez de Aldaz (dir.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 7.^a ed., Madrid: Colex.
- (2024). “La tutela, la curatela y la guarda de los menores”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 7.^a edición, Madrid: Colex.
- PÉREZ-GIMÉNEZ, M.^a T. (2022). “Incidencia de la Ley 8/2021 en la titularidad y ejercicio ordinario de las funciones parentales”, *Revista de Derecho, empresa y sociedad (REDS)*, número 20-21, época II, pp. 545-573.
- QUINTANA, A. (2013). “Las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad”, *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, 1 de abril, pp. 34-39.
- RODRIGO LARA, B. (2024). “Discrepancia de los padres sobre la educación religiosa de los hijos: marco jurídico y jurisprudencia constitucional (la STC 26/2024, de 14 de febrero de 2024)”, *Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional*, 28 (2), pp. 545-573.
- SAN ROMÁN, J. (2000). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”. En: J. Rams Albesa y R. M.^a Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2.º*, Barcelona: Bosch.
- RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*, Barcelona: Atelier.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2019). “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses”. En: S. De Salas Murillo y M.^a V. Mayor Del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: tirant lo blanch.
- SEISDEDOS MUIÑO, S. (1988). *La patria potestad dual*, Vizcaya: Universidad del País Vasco.
- TORAL LARA, E. (2022). “El defensor judicial de la persona con discapacidad”. En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch.
- URIBE SORRIBES, A. (1983). “La representación de los hijos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. 25*, pp. 239-278.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011). "La patria potestad". En. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 6, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STC, Sala Segunda, de 29 de mayo de 2000.
- STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019.
- STC, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 2020.
- STC, Sala Segunda, de 20 de febrero de 2023.
- ATC, Sala Primera, de 17 de abril de 2023.
- STC, Sala Segunda, de 15 de enero de 2024.
- STC, Pleno, de 14 de febrero de 2024.
- STC, Sala Primera, de 26 de mayo de 2025.
- STEDH, de 30 de octubre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1980.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1981.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 1984.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de mayo de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2005.
- STS, Sala de lo Civil de 13 de enero de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 2019.
- ATC, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2019.

- STS, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2025.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de noviembre de 1998.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 9 de enero de 2014.
- STSJ Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 3.^a, de 26 de septiembre de 2024.
- RDGRN de 20 de febrero de 1989.
- RDGRN de 2 de marzo de 2015.
- RDGRN de 16 de marzo de 2016.
- RDGSJYFP de 17 de octubre de 2024.
- RDGSJYFP de 6 de marzo de 2025.
- SAP Murcia, secc. 1.^a, de 27 de febrero de 1996
- SAP Guadalajara, de 7 de marzo de 1996.
- SAP Las Palmas, secc. 5.^a, de 20 de julio de 1998.
- SAP Sevilla, secc. 5.^a, de 2 de octubre de 1998.
- SAP Vizcaya, secc. 1.^a, de 8 de febrero de 1999.
- SAP Las Palmas, secc. 1.^a, de 22 de junio de 1999.
- SAP Badajoz, secc. 1.^a, de 11 de diciembre de 2000.
- SAP Islas Baleares, secc. 3.^a, de 5 de marzo de 2001.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, de 1 de abril de 2003.
- SAP Asturias, sección 7.^a, de 24 de junio de 2004.
- SAP Ciudad Real, secc. 1.^a, de 13 de julio de 2004.
- SAP Lugo, secc. 2.^a, de 11 de enero de 2005.
- AAP Sevilla, secc. 2.^a, de 31 de octubre de 2006.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, de 16 de octubre de 2007.
- AAP Barcelona, secc. 18.^a, de 25 de febrero de 2008.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, de 14 de marzo de 2008.
- SAP Castellón, secc. 2.^a, de 15 de abril de 2008.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, de 1 de septiembre de 2008.
- SAP Madrid, secc. 24.^a, de 4 de marzo de 2009.
- AAP Barcelona, secc. 12.^a, de 24 de noviembre de 2011.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, de 25 de septiembre de 2012.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, de 24 de junio de 2015.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, de 21 de octubre de 2015.
- SAP Madrid, secc. 8.^a, de 10 de marzo de 2016.
- SAP de Palma de Mallorca, secc. 4.^a, de 10 de junio de 2016.
- SAP Granada, secc. 5.^a, de 16 de septiembre de 2016.
- SAP Burgos, secc. 2.^a, de 9 de febrero de 2017.
- SAP Almería, secc. 1.^a, de 28 de noviembre de 2017.
- AAP Barcelona, sección 12.^a, de 12 de enero de 2018.
- SAP Segovia, de 26 de marzo de 2018.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, de 15 de mayo de 2018.

- SAP Pontevedra, secc. 1.^a, de 20 de septiembre de 2018.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, de 17 de octubre de 2018.
- SAP Sevilla, secc. 2.^a, de 28 de diciembre de 2018.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, de 6 de marzo de 2019.
- SAP Málaga, secc. 6.^a, de 28 de marzo de 2019.
- AAP La Rioja, secc. 1.^a, de 17 de mayo de 2019.
- SAP Cantabria, secc. 2.^a, de 13 de enero de 2020.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, de 23 de enero de 2020.
- SAP Cantabria, secc. 2.^a, de 4 de mayo de 2020.
- SAP de Toledo, secc. 2.^a, de 16 de noviembre de 2020.
- SAP Málaga, secc. 6.^a, de 4 de marzo de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, de 10 de noviembre de 2021.
- SAP Ciudad Real, secc. 1.^a, de 22 de noviembre de 2021.
- SAP Pontevedra, secc. 3.^a, de 13 de enero de 2022.
- SAP Cáceres, secc. 1.^a, de 16 de febrero de 2022.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, de 18 de febrero de 2022.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 25 de febrero de 2022.
- SAP Granada, secc. 5.^a, de 2 de marzo de 2022.
- SAP León, secc. 1.^a, de 11 de marzo de 2022.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, de 29 de marzo de 2022.
- AAP Granada, secc. 5.^a, de 6 de abril de 2022.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, de 20 de mayo de 2022.
- SAP Pamplona, secc. 3.^a, de 28 de junio de 2022.
- AAP Castellón, secc. 4.^a, de 8 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 24.^a, de 2 de marzo de 2023.
- AAP Castellón, secc. 4.^a, de 30 de marzo de 2023.
- SAP Alicante, secc. 4.^a, de 7 de noviembre de 2023.
- AAP Murcia, secc. 4.^a, del 11 de enero de 2024.
- SAP Las Palmas, secc. 3.^a, de 24 de febrero de 2024.
- SAP Las Palmas, secc. 3.^a, de 26 de febrero de 2024.
- SAP Cantabria, secc. 4.^a, de 12 de abril de 2024.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, de 16 de mayo de 2024.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 26 de junio de 2024.
- SAP Málaga, secc. 6.^a, de 20 de diciembre de 2024.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, de 11 de febrero de 2025.
- SAP Almería, secc. 1.^a, de 11 de marzo de 2025.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, de 27 de marzo de 2025.
- SAP Málaga, secc. 5.^a, de 30 de abril de 2025.
- SAP Guipúzcoa, secc. 2.^a, de 8 de mayo de 2025.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 9 de mayo de 2025.
- AJPII, número 1, de Moncada, de 21 de junio de 2017.
- AJPII, número 10, de León, de 10 de septiembre de 2020.
- AJPII, número 2 de Tafalla, de 12 de mayo de 2021.
- AJPII, número 2, de Santa María de Guía de Gran Canaria, de 10 de diciembre de 2021.
- AJPII, número 5, de Avilés, de 13 de enero de 2022.
- AJPII, número 6, de Santiago de Compostela, de 24 de enero de 2022.

- AJPII, número 4, de Torrent (Valencia), de 30 de marzo de 2022.
- AJPII, número 4 de Massamagrell, de 19 de julio de 2022.
- AJPII, número 4 de Massamagrell, de 27 de abril de 2022.
- SJPI, número 6, Albacete, de 28 de junio de 2022.
- SJ Penal, número 2, Pamplona, de 16 de mayo de 2025.

NOTAS

¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia, T. VI*, 7.ª ed., Madrid: Marcial Pons, p. 332.

² DíEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, décima edición, Madrid: Tecnos, p. 256.

³ CÁSTAN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). “La patria potestad”. En: V.M. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV, Familia, vol. 2.º*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters Aranzadi, p. 41.

⁴ ESTELLÉS PERALTA, P. M.ª (2024). “La patria potestad”. En: J.R. De Verda y Beaumont (dir.), *GPS Familia*, 2.ª ed., Valencia: tirant lo blanch, p. 729.

⁵ PÉREZ-GIMÉNEZ, M.ª T. (2022). “Incidencia de la Ley 8/2021 en la titularidad y ejercicio ordinario de las funciones parentales”, *Revista de Derecho, empresa y sociedad (REDS)*, número 20-21, época II, p. 65.

⁶ Si bien, bastantes de los artículos que integran el régimen jurídico de la patria potestad ha sido objeto de reformas parciales mediante disposiciones legales posteriores a esta Ley de 13 de mayo de 1981. Así inciden en el articulado de la patria potestad: La Ley 13/1983, de 24 de octubre “De reforma del Código Civil en materia de tutela”; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre “De modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción”; la Ley 11/1990, de 15 de octubre “De reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo”; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor; la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, “De modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores”; la Ley 42/2003, de 21 de noviembre “de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos”; la Ley 13/2005, de 1 de julio, “por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”; la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, en el que se suprime la facultad de corrección de los padres en el artículo 154 del Código Civil; la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria; la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; y, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M.ª. (2024). “La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad”. En: C. Martínez de Aldaz (dir.), *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 7.ª ed., Madrid: Colex, p. 399 quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas “potestades familiares”.

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (LA LEY 44425-JF/0000), que señala que “la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares”; de 25 de junio de 1994 (LA LEY 13968,1994), se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y, de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996,9223); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996,472); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, de 20 de julio de 1998 (AC 1998,6865); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999,3913); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 22 de junio de 1999 (AC 1999,8394) “la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley

concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos"; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001,139719); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 219823,2007); de la misma Audiencia Provincial, secc. 12.ª, de 14 de marzo de 2008 (LA LEY 27513,2008); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 1 de septiembre de 2008 (LA LEY 196431,2008); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 4 de marzo de 2021 (Roj. SAP MA 1207/2021; ECLI:ES:APMA:2021:1207); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998,3232).

Por su parte, señala LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho civil, op. cit.*, p. 332 que la subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión que, a su juicio, resulta exagerada y en todo caso, confusa por imprecisa. Y, añade "baste resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos".

⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (RJ 1991,7447); de 20 de enero de 1993 (RJ 1993,478); y, de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996,9223); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 27 de febrero de 1996 (AC 1996,358).

⁹ Vid., RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*, Barcelona: Atelier, p. 19.

¹⁰ Vid., en este mismo sentido, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad, op. cit.*, pp. 19-20.

¹¹ GÁLVEZ, FCO. J. (1985). "Comentario al artículo 39 de la Constitución Española". En: F. Garrido Falla (coord.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, pp. 760-761.

¹² ESPÍN CANOVAS, D. (1996). "Comentario al artículo 39 de la Constitución Española". En: O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, dirigidos por, T. IV*, Madrid: Edersa, p. 52.

¹³ Artículo 27.3 dispone que: "Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

Por su parte, en esta línea, la Constitución alemana en su artículo 6.II y III establece: "I. El cuidado y la educación de los hijos son derechos naturales de los padres y constituye una obligación incumbente primordialmente a ellos. La colectividad pública vela por su cumplimiento (...).

III. Contra la voluntad de los encargados de su educación, los niños sólo podrán ser separados de su familia en virtud de una ley, cuando los encargados de su educación no cumplan con su deber o, por otros motivos, los niños corran peligro de desamparo".

Asimismo, la Constitución italiana en su artículo 30 dispone: "Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los habidos fuera del matrimonio.

En los casos de incapacidad de los padres, la ley dispondrá de lo necesario para que sea cumplida la misión de los mismos.

La ley garantizará a los hijos nacidos fuera del matrimonio plena protección jurídica y social, en la medida compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

La ley dictará las normas y los límites de la investigación de la paternidad" (Tomadas ambas referencias, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad, op. cit.*, pp. 22-23).

¹⁴ Artículo 9 dispone que: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las auto-

ridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión del lugar de residencia del niño....”.

Por su parte, el artículo 18.1 precisa que: “... Incumbirá a los padres (...) la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”. Al igual que el artículo 27.2 al señalar que: “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

¹⁵ Artículo 8 dispone que: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹⁶ Vid, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 1984 (RJ 1984,814).

¹⁷ Vid., CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a (1982). “Comentario al artículo 154 del Código Civil”. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2.º*, 2.ª ed., Madrid: Edersa, pp. 109-111; MARTÍN MORÓN, M.^a T. (1989). *Voz “Patria potestad”, Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIX*, Barcelona, pp. 130-131; ALONSO PÉREZ M. (1997). “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, *Actualidad Civil, número 2, semana del 6 al 12 de enero*, pp. 22-24; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.ª ed., Madrid: La Ley, pp. 29-30. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (RJ 1987,5809); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996,472); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 15 de junio de 1992 (AC 1992,845).

¹⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013 (Roj. STS 2246/2013; ECLI:ES:TS:2013:2246); de 27 de junio de 2016 (Roj. STS 3124/2016; ECLI:ES:TS:2016:3124); de 26 de febrero de 2019 (Roj. STS 641/2019; ECLI:ES:2019:641); y, de 26 de septiembre de 2022 (Roj. STS 3402/2022; ECLI:ES:TS:2022:3402).

Este interés o beneficio del hijo, y en su caso, el respeto a su personalidad representan las pautas que determinan: el derecho de audiencia que asiste a los hijos (artículos 154, 156 párrafo segundo y 159 del Código Civil); la atribución del ejercicio de la patria potestad en los supuestos contemplados en los artículos 156 párrafo quinta y 159 del citado cuerpo legal; las medidas a adoptar por el juez cuando concurran las causas previstas por el artículo 158 del Código Civil, o las providencias *ex* artículo 167; el derecho de los hijos a relacionarse con los progenitores que no ejerzan la patria potestad, así como con sus abuelos, otros parientes y allegados (artículos 160 y 161); asimismo, el respeto a la personalidad determina que, en los términos del artículo 162 del Código Civil, la representación legal que asiste a los padres resulte excluida en relación con los actos que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; y, en fin, condicionan la recuperación de la patria potestad (artículo 170 del Código Civil).

¹⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 1.ª, de 11 de diciembre de 2000 (JUR 2001,54306).

²⁰ La sentencia 621/2015, de 9 de noviembre (Roj. STS 4575/2015; ECLI:ES:TS:2015:4575) hace una síntesis de la doctrina de la Sala de lo Civil, sobre la privación de la patria potestad. Así establece que: “1.— El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda

privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma. Recuerda, asimismo, esta Sala en la sentencia de 6 junio 2014, rec. 718/2012, 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, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 octubre 1996; y, de 10 noviembre 2005)”.

En todo caso, a la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la Sala de lo Civil (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 febrero 2012, rec. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, “(...) sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho” (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 523/2000, de 24 mayo). Como afirmaba el Alto Tribunal antes la patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 del Código Civil, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 183/1998, de 5 marzo señaló que la amplitud del contenido del citado artículo 170 del Código Civil y la variabilidad de las circunstancias “exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación (...) en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor (...)”. Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor.

Aplicando tales criterios la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 998/2004, de 11 de octubre (Roj. STS 6373/2004; ECLI:ES:TS:2004:6373) confirmaba una sentencia de privación del patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 384/2005, de 23 mayo).

En fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2019 (Roj, STS 1661/2019; ECLI:ES:TS:2019:1661) se ha de convenir en la calificación de graves y reiterados de los incumplimientos del progenitor, prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hijo, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que el menor contaba muy poca edad.

²¹ DÍEZ GARCÍA, H. (2013). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”. En: R. Bercovit Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, Valencia: tirant lo blanch, p. 1591 asimismo añade que “no obstante, ese carácter conjunto de esta responsabilidad, nada obsta para que ésta recaiga sobre uno de los progenitores cuando solo a él quepa impugnar la acción u omisión desencadenante de esa responsabilidad”. En esta misma línea, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (1984). “Comentarios a los artículos 154 1 161 y 164 a 16 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Madrid: Tecnos, p. 106; DIEZ-PICAZO, L. (1982). “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria

potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, número 1, p. 11; ESTELLÉS PERALTA, P. (2024). “La patria potestad”, *op. cit.*, p. 741.

²² YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011). “La patria potestad”. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 6, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 173; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, tercera edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 402.

Vid, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, de 10 de marzo de 2016 (Roj. SAP M 3065/2016; ECLI:ES:APM:2016:3065); y, de 1 de diciembre de 2016 (Roj. SAP M 16138/2016; ECLI:ES:APM:2016:16138); de la misma Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25.ª, de 5 de octubre de 2020 (Roj. SAP M 13847/2020; ECLI:ES:APM:2020:13847); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 10 de noviembre de 2021 (Roj. SAP B 13427/2021; ECLI:ES:APB:2021:13427) manifiesta que, los principios que rigen la figura de la patria potestad son los de inderogabilidad e irrenunciabilidad de la titularidad de la misma, de manera que la autonomía de la voluntad alcanzará sólo a regular las formas de ejercicio y correspondiente distribución de funciones entre ambos progenitores. En definitiva, la patria potestad está estructurada en dos elementos: la titularidad conjunta y el ejercicio solidario, que puede convertirse en unipersonal y exclusivo en distintos casos, como el que señala el artículo 92 del Código Civil para el caso de separación, divorcio o nulidad, en relación con lo dispuesto en el artículo 156 y siguientes del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.ª, de 12 de abril de 2024 (Roj. SAP S 719/2024; ECLI:ES:APS:2024:719); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, de 4 de julio de 2024 (Roj. SAP M 10197/2024; ECLI:ES:APM:2024:10197) existe en consecuencia una obligación solidaria de pago de los padres, con plena legitimación de ambos tanto en el aspecto formal —legitimación *ad procesum*— como material —legitimación *ad causam*—, sin que afecte a terceros de buena fe las relaciones internas derivadas de su situación personal por la existencia de medidas contenciosas o consensuadas que hubieran podido adoptarse en el seno de dichos procedimientos matrimoniales de separación, nulidad o divorcio, por la existencia de deudas contraídas en beneficio de los hijos, dentro de la patria potestad, siendo indiferente en el presente caso quién hubiera realizado la inicial inscripción en el Colegio del menor, o a nombre de quien se estuvieran girando los recibos, dejando a salvo las relaciones internas y facultad de repetición entre ellos. Tampoco puede hablarse de mala fe del Colegio por el hecho de que conociese la situación personal de los cónyuges, por ser ajeno al conjunto de obligaciones que se desprendían de las resoluciones judiciales, por los fundamentos expuestos; y, de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2025 (Roj. SAP AL 215/2025; ECLI:ES:APAL:2025:2015) que manifiesta que, toda vez, entre los deberes y facultades que comprende el ejercicio de la patria potestad a cargo del padre y de la madre, se encuentra la educación y formación integral de los hijos (artículo 154 del Código Civil). Y, por lo que respecta al desempeño de la patria potestad, en el artículo 156 del Código Civil se prevé su ejercicio de modo conjunto por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, reputándose válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situación de urgente necesidad. Al punto de que, respecto de terceros de buena fe, se presume que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio de la patria potestad con el consentimiento del otro. En el supuesto contemplado, el boletín de inscripción y reserva de plaza en el centro escolar de la parte actora fue formalizado por la madre de la menor, en calidad de representante legal de la misma. Entrando en juego la presunción de contar con el consentimiento del progenitor demandado. Máxime cuando la madre, al deponer como testigo, vino a manifestar que el padre le dio consentimiento para llevar a la misma al referido colegio y que quedó en pagar su coste a medias. De modo que, aun cuando exista una anterior sentencia reguladora de los derechos y obligaciones de los progenitores en relación con la hija común en la que se vino a establecer una pensión a cargo del padre como contribución a los alimentos de la hija menor cuya guarda y custodia se atribuyó a la madre y se pudiera pensar que la obligación de abono del colegio corresponde a la madre

y no al padre por tratarse de una prestación alimenticia que incluye los conceptos referidos en el artículo 142 del Código Civil, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc.1.^ª, 28 de enero de 2003 “sin desconocer que el contrato es ley entre las partes y que fue la madre del niño quien sostuvo con el Centro educativo la relación de escolarización, es lo cierto que lo que aquí se demanda se enmarca dentro de las facultades y obligaciones inherentes a la patria potestad de cuyo cumplimiento responden ambos progenitores, desde la idea de que una cosa es el ámbito interno de la relación, en la que podrán hacer valer los derechos y obligaciones establecidos, y otra la que mantienen uno o ambos frente a terceros en un aspecto sustancial a dicho ejercicio como es el gasto que aquí se discute, del que resultan responsables solidarios y que el padre puede y debe controlar como efecto de la ruptura y no desde la ignorancia educativa de su hijo”. Las relaciones internas habidas entre las partes no pueden ser opuestas al Centro escolar, en tanto que debe considerarse como tercero, y sin perjuicio de la acción de repetición que las partes puedan ejercitar con posterioridad, al disponer especialmente el art. 156 del CC que “La patria potestad se ejercerá conjuntamente 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 (...). En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro”. En aplicación de lo expuesto, procede la reclamación hecha a la progenitora sin perjuicio de las acciones legales que la misma pueda ejercitar en reclamación de cantidad contra el Sr. Juan Carlos.

Por un sistema mixto en que la regla general es la mancomunidad y la excepción la solidaridad, FUENTES NORIEGA, M. (1986). *La patria potestad en el Código Civil español*, Madrid, p. 207.

²³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.^ª, de 7 de noviembre de 2023 (Roj. SAP A 1954/2023; ECLI:ES:APA:2023:1954); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.^ª, de 30 de abril de 2025 (Roj. SAP MA 539/2025; ECLI:ES:APMA: 2025:539).

²⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.^ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001,139719); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.^ª, de 24 de febrero de 2024 (JUR 2024,209774) no procede la suspensión del ejercicio por el padre no custodio. No se acreditan los desacuerdos reiterados entre los progenitores, sino cierto grado de conflictividad interparental imputable a ambos padres, cuya solución no pasa por excluir del ejercicio de la potestad a un progenitor a beneficio de otro; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^ª, de 27 de marzo de 2025 (JUR 2025,136246) la patria potestad será ejercida por la madre, suspendiéndose el ejercicio por el padre, en atención a qué existen una serie de medidas adoptadas en el ámbito penal que hacen incompatible el mantenimiento de dicho ejercicio por el progenitor, mientras están vigentes las medidas de carácter penal.

En cuanto a la privación de la patria potestad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.^ª, de 28 de noviembre de 2017 (JUR 2018,282712) los incumplimientos más o menos reiterados del régimen de visitas o el deber de alimentos no justifica una privación de la guarda, menos aún justifica una supuesta falta de respuesta ante ejercicios puntuales del ejercicio de la guarda como la elección de colegio o la renovación del pasaporte.

²⁵ Para CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad: criterios legales, doctrinales y judiciales*, op. cit., p. 83, la titularidad de la patria potestad puede definirse “con referencia a la cualidad o condición de sujeto activo de la función que, en relación con los hijos menores no emancipados —o, en su caso, sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada—, le es atribuida al progenitor respecto del cual se haya determinado la filiación, salvo cuando ésta “haya sido judicialmente determinada contra su oposición” (artículo 111.2.º del Código Civil), o aquél “haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme (artículo 111.2.º del Código Civil)”; diversamente, considera que el ejercicio de la patria potestad, “implica en esencia la atribución de la guarda y custodia del menor; lo que se traduce en la práctica realización de los

deberes inherentes a la potestad paterna. Por ello es regulable, y posee, por propia definición, un carácter dinámico”.

Por su parte, GARCÍA PASTOR, M. (1997). *La situación de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, Madrid: McGraw-Hill, pp. 162-163 señala que, en términos generales, el ejercicio es la vertiente activa de la patria potestad, lo que supondría “que el progenitor al que le es otorgado el ejercicio de la patria potestad puede desarrollar todas las facultades que integran la misma, y que hasta entonces correspondían a ambos progenitores”, y que el “no ejerciente sólo conserva de forma latente esos mismos poderes, aparte de aquellas facultades o derechos mínimos que expresamente le concede la Ley (por regla general el derecho de visita y a veces también un derecho de vigilancia)”, si bien añade que en España “para el legislador de 1981 (que fue el que introdujo la distinción entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad) el ejercicio de la patria potestad no absorbe toda la vertiente activa de la misma, pues en todos los artículos que a él se refieren se distingue, directa o indirectamente, del cuidado de los hijos, figura que sin duda es una parte, y muy importante, de la vertiente activa de la patria potestad”.

²⁶ SEISDEDOS MUIÑO, S. (1988). *La patria potestad dual*, Vizcaya: Universidad del País Vasco, pp. 23 y 24 hace una clasificación de la titularidad y de los posibles ejercicios.

Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1981 (RJ 1981,3076).

²⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994,1731); de 7 de noviembre de 2002 (LA LEY 134,2003); de 17 de enero de 2003 (RJ 2003,433); de 4 de marzo de 2003 (RJ 2003,433); de 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132,2003); y, de 20 de mayo de 2005 (LA LEY 103770,2005); y el Auto de este Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 11 de mayo de 2010 (LA LEY 85358,2010). Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1999,1339).

²⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 18 de septiembre de 2000 (AC 2001,37).

²⁹ La separación de los progenitores puede deberse tanto a la circunstancia de haber sido declarada judicialmente, tras el correspondiente proceso de nulidad, separación o divorcio; o por cualesquiera otras circunstancias que determinen la falta de convivencia efectiva de los progenitores (viven separados por no haber contraído nunca matrimonio, o se han separado de hecho, una vez que se ha roto la convivencia, o simplemente, no es posible la convivencia pues, uno de ellos está casado con otra persona).

³⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2001 (LA LEY 3255,2001), señala que “el hecho de haber concedido el Juez a los abuelos de la menor el uso de las facultades concedidas en el artículo 158 del Código Civil, que son medidas de carácter temporal de guarda y custodia, en atención a las circunstancias de inestabilidad por el que pasa la madre de la menor tal y como se ha expuesto en los dos primeros fundamentos de derecho de esta resolución, no da lugar a la suspensión ni menos a la extinción de la patria potestad por no estimar el incumplimiento de los deberes de la madre respecto de la hija que exige el artículo 170 del Código Civil”.

³¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2012 (Roj. STS 2905/2012; ECLI:ES:TS:2012:2905).

³² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2019 (Roj. STS 2974/2019; ECLI:ES:TS:2019:2974) señala que es necesario el consenso de las dos partes para decidir cuestiones sanitarias; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 28 de diciembre de 2018 (Roj. SAP SE 2666/2018; ECLI:ES:APSE:2018:2666) indica que “la patria potestad se atribuye y se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores. Resulta conveniente que cualquier decisión que afecte a la vida del menor sea tomada de común acuerdo entre los progenitores, si bien puede ejercerla uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, con arreglo a los acuerdos a que hayan llegado previamente los padres”.

³³ SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988). *La patria potestad dual*, Bilbao, pp. 35-36. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 10 de noviembre de 2021 (Roj. SAP B 13427/2021; ECLI:ES:APB:2021:13427) manifiesta que, los principios que rigen la figura de la patria potestad son los de inderogabilidad e irrenunciabilidad de la titularidad de la misma; de manera que la autonomía de la voluntad alcanzará sólo a regular las formas de ejercicio y correspondiente distribución de funciones entre ambos progenitores. En definitiva, la patria potestad está estructurada en dos elementos: la titularidad conjunta y el ejercicio solidario, que puede convertirse en unipersonal y exclusivo en distintos casos, como el que señala el artículo 92 del Código Civil para el caso de separación, divorcio o nulidad, en relación con lo dispuesto en el artículo 156 y siguientes del Código Civil; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 27 de marzo de 2025 (JUR 2025,136245) ejercicio exclusivo por ser lo más beneficioso para los menores.

³⁴ El artículo 236-8 del CCC relativo al ejercicio conjunto de la potestad parental dispone que: "1. Los progenitores ejercen la potestad parental respecto a los hijos conjuntamente, salvo que acuerden otra modalidad de ejercicio o que las leyes o la autoridad judicial dispongan otra cosa. 2. En el ejercicio conjunto de la potestad parental se aplican las siguientes reglas: a) En los actos de administración ordinaria y respecto a terceros de buena fe, se presume que cada progenitor actúa con el consentimiento del otro; b) En los actos de administración extraordinaria, los progenitores deben actuar conjuntamente o bien, si lo hacen individualmente, con el consentimiento expreso del otro. Son actos de administración extraordinaria los que requieren la autorización judicial; c) En los actos de necesidad urgente y en los que, de acuerdo con el uso social o las circunstancias familiares, normalmente realiza una persona sola, cualquiera de los progenitores puede actuar indistintamente; d) Para la atención y la asistencia psicológicas de los hijos e hijas menores de edad, no hace falta el consentimiento del progenitor contra el cual se sigue un procedimiento penal por haber atentado contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas comunes menores de edad, o contra el cual se ha dictado una sentencia condenatoria, mientras no se extinga la responsabilidad penal. Aunque no se haya formulado denuncia previa, el consentimiento tampoco es necesario cuando la madre recibe asistencia, acreditada documentalmente, de los servicios de atención y recuperación integral para mujeres que sufren violencia machista, establecidos legalmente. La asistencia psicológica a los hijos e hijas mayores de dieciséis años requiere su consentimiento".

³⁵ Roj. STS 6811/2012; ECLI:ES:TS:2012:6811.

³⁶ Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 28 de marzo de 2019 (Roj. SAP MA 1314/2019; ECLI:ES:APMA:2019:1314) manifiesta que el ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a al/los menor/es serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones: a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales; b) Elección inicial o cambio de centro escolar; c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias; d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones); y, e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos. Se reconoce al progenitor no custodio el derecho a obtener información sobre la marcha escolar de el/los menor/ es y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrá recabar información médica sobre los tratamientos de su/s hijo/s; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 2 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 4456/2023; ECLI:ES:APMA:2023:4456) señala que la patria potestad sobre el hijo común llamado Efrain, se seguirá ejerciendo conjuntamente por ambos progenitores. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas al menor serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son de-

cisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones: a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales; b) Elección inicial o cambio de centro escolar; c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias; d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones); y, e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos. Se reconoce a la progenitora y al progenitor el derecho a obtener información sobre la marcha escolar del hijo común y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrán recabar información médica sobre los tratamientos del adolescente. Cualquiera de dichas decisiones deben ser notificadas de manera clara y expresa, por cada progenitor al otro, antes de comenzar su ejecución, por cualquier medio que deje constancia fehaciente del contenido y de su recepción, al efecto de recabar el necesario consentimiento del otro progenitor. Si el otro progenitor no mostrara su oposición clara expresa y fehacientemente en el plazo de 10 días desde que se le notificó fehacientemente, se entiende que ha dado su consentimiento favorable. En caso de discrepancia entre los progenitores, será necesaria la resolución judicial, con carácter previo a la ejecución de cualquier decisión no consensuada.

³⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996 (Roj STS 4858/1996; ECLI:ES:TS:1996:4858); de 12 de mayo de 2011 (Roj STS 2676/2011; ECLI:ES:TS:2011:2676); de 31 de enero de 2013 (Roj STS 373/2013; ECLI:ES:TS:2013:373); de 6 de febrero de 2014 (Roj STS 247/2014; ECLI:ES:2014:247); de 9 de septiembre y 2 de diciembre de 2015 (Roj STS 3707/2015; ECLI:ES:TS:2015:3707; Roj STS 5220/2015; ECLI:ES:TS:2015:5220); de 18 de julio de 2019 (Roj. STS 2564/2019; ECLI:ES:TS:2019:2564); de 16 de enero; de 2 de junio; 26 de octubre; y, de 30 de noviembre de 2020 (Roj. STS 61/2020; ECLI:ES:TS:2020:61; Roj. STS 1687/2020; ECLI:ES:TS:2020:1687; Roj. STS 3562/2020; ECLI:ES:TS:2020:3562; Roj. STS 4482/2020; ECLI:ES:TS:2020:4482).

³⁸ Vid., PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 875; del mismo autor, (2017). "Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores". En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 108; GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). "Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción". En: V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV, Familia, vol. 2.º*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, pp. 948-949 y 953; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor". En: V. Cabedo Mallol e Isaac Ravellat Ballesté (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Valencia: tirant lo blanch, p. 100 señala, al respecto, que "en esta materia, el interés del menor se conecta, de una parte, a un deseable retorno a la familia biológica que decaerá si la protección de este interés lo desaconseja y, de otra, a su derecho a relacionarse con su familia de origen durante el tiempo de vigencia de la medida de protección, salvo que se considere contrario a su interés".

³⁹ ADROHER BIOSCA, D. (2017). "La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades". En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, p. 41; HUETE NOGUERAS, J.J. (2017). "Desafíos de la nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal". En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 89-90; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016), "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor", *op. cit.*, p. 491. Asimismo, como concepto jurídico indeterminado deber ser valorado "en cada

caso concreto a los efectos de justificar que la medida adoptada es la más conveniente para el menor” vid., PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2017). “Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores”, *op. cit.* p. 108; VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). “El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los protagonistas”. En: M.^a V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 521.

No obstante, para LLODRÁ GRIMALT, F. (2018). “Comentario al artículo 11 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, directores, Madrid: Dykinson, p. 223 prefiere emplear la expresión “en beneficio” por cuanto obliga a tomar en cuenta el beneficio directo, subjetivo, personal, singular y real del destinatario de una actuación administrativa.

⁴⁰ Esta vulnerabilidad bien puede tener lugar por la carencia de entorno familiar; por sufrir maltrato, por su discapacidad, por su orientación e identidad sexual, por su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, y por su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante (artículo 2.3 b) de la LOPJM). Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 3 de mayo de 2023 (JUR 2023,300246).

⁴¹ Para GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor”, *op. cit.*, 125 es necesario que “el intérprete valore y combine dos factores que influyen decisivamente en el desarrollo del menor y es conforme con su personalidad: en primer lugar, el factor tiempo que en todas las cuestiones relativas a la infancia y a la adolescencia es determinante; (...) Y en segundo lugar, el factor de estabilidad que permite la integración y desarrollo de los niños en sociedad y que obliga a analizar con especial cuidado cualquier cambio de situación material o emocional que afecte negativamente al niño”.

⁴² Lo que conlleva, asimismo, minimizar los riesgos que, cualquier cambio de situación material o emocional que pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro (artículo 2.3 d) de la LOPJM).

⁴³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, de 16 de noviembre de 2020 (JUR 2021,44371).

⁴⁴ RJ 2022,1024.

⁴⁵ RJ 2015,3279.

⁴⁶ RJ 2015,681.

⁴⁷ RTC 2020,178.

⁴⁸ RTC 2020,141.

⁴⁹ RTC 1996,187.

⁵⁰ RTC 2018,77.

⁵¹ RTC 2019,99.

⁵² RTC 2002,22.

⁵³ RTC 2001, 28.

⁵⁴ RTC 2004,71.

⁵⁵ RTC 2024,2.

⁵⁶ RTC 2023,5.

⁵⁷ RTC 2000,141.

⁵⁸ RTC 2002,221.

⁵⁹ RTC 2004,71.

⁶⁰ RTC 2005,152.

⁶¹ RTC 2006,17.

⁶² RTC 2019,64.

⁶³ RTC 2011,12.

⁶⁴ RTC 2019,64.

⁶⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.^a, de 24 de junio de 2015 (JUR 2015,206948); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 6 de marzo de 2019 (JUR 2019,42254) los desacuerdos de los progenitores en cuanto a la conveniencia o no que el menor realice los viajes de estudios organizados por el centro escolar, no puede implicar que todas las decisiones que comporte el ejercicio de la potestad parental deban ser adoptadas por la madre; ambos progenitores deben implicarse en el adecuado desarrollo de la menor y las desavenencias puntuales en este tema, a falta de acreditación de desavenencias en otras cuestiones, no puede ser motivo para que la potestad parental la ejerza exclusivamente la madre.

⁶⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 3.^a, de 26 de septiembre de 2024 (JUR 2024,484965) se declara la conformidad a derecho del acuerdo de escolarización de una menor en un centro educativo, en tanto que la solicitud de admisión, a lo largo del curso en un centro de destino, tanto en el procedimiento ordinario como en el extraordinario, puede ser presentada por un solo de los progenitores, al entender que no existe discrepancia manifiesta, y el otro progenitor expresa un consentimiento tácito; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 26 de junio de 2024 (JUR 2024,309439) atribución exclusiva a favor de la esposa de la patria potestad en materia sanitaria y educativa de su hija. La alta conflictividad de las partes puede dar lugar a que se utilicen las decisiones que afectan a la menor a sus necesidades como arma arrojadiza entre los progenitores.

⁶⁷ CASTÁN PEREZ-GÓMEZ, J. (2015). “La patria potestad”, *op. cit.*, p. 76. Por su parte, SAN ROMÁN, J. (2000). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”. En: J. Rams Albesa y R, M.^a Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2.º*, Barcelona: Bosch, p. 1493 señala, igualmente, al respecto que “más complicado será averiguar, cuándo puede entenderse otorgado el consentimiento tácito, con qué alcance puede concederse; en qué momento debe prestarse; su puede ser o no indefinid, si puede ser previo o por vía de ratificación de lo actuado; si puede otorgarse con carácter general y continuado, etc.”.

⁶⁸ FUENTE NORIEGA, M. (1989). *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, *op. cit.*, pp. 102-103.

⁶⁹ BALLESTEROS DE LOS RIOS, M. (2001). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 272.

⁷⁰ CASTÁN PEREZ-GÓMEZ, J. (2015). “La patria potestad”, *op. cit.*, pp. 79-80.

⁷¹ En esta línea, CASTÁN TOBEÑAS, J.M.^a (1991). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 551; BALLESTEROS DE LOS RIOS, M. (2001). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 272.

⁷² PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2024). “La patria potestad”, *op. cit.*, p. 404.

⁷³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). “Comentarios”, *op. cit.*, p. 1063; DÍEZ PICAZO, L. (1982). “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *op. cit.*, p. 12; DÍEZ GARCÍA, H. (2013). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 1594-1595 quien, asimismo, precisa que “no hay que escudarse en unos supuestos usos sociales para amparar la intervención de un progenitor cuando los mismos resulten discriminatorios para uno de ellos o perjudiciales para el menor; por más que la asunción de roles paternos y maternos en la práctica y desgraciadamente, no hayan alcanzado absoluta equiparación” y, añade que “la validez de actuación aislada de un progenitor acomodada al uso social y a las circunstancias es absoluta”.

Por su parte, FUENTE NORIEGA, M. (1986). *La patria potestad en el Código Civil español*, *op. cit.*, p. 231 lo entiende como acto correspondiente al desarrollo normal de la vida de un menor que repite con cierta frecuencia en la práctica.

⁷⁴ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). “La patria potestad”, *op. cit.*, pp. 84-85 añade, además que “en cualquier caso, la usualidad es un concepto, por su propia esencia, evolutivo, de manera que iremos considerando usuales actos que antes no podrán serlo”.

⁷⁵ En esta línea, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). “Comentarios a los artículos 154 a 161 y 164 a 168 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1063 y añade “todas las que incidan en la decisión tomada por uno de los progenitores”.

Por su parte, RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1493 destaca la poca precisión de la norma “por una parte, por las referencias tan genéricas que hace al uso social y a las circunstancias que dejan sin respuestas cuestiones como la de qué tipo de aquéllas son dignas de ser tenidas en cuenta, si esas circunstancias tienen que ser determinantes del uso social invocado; si puede el progenitor que realiza el acto unilateralmente apartarse del uso social; si las circunstancias lo aconsejan o si ambos condicionamientos deben darse conjuntamente; y, por otra parte, tampoco queda claro si en estos casos no se precisa el consentimiento del otro titular de la patria potestad; de modo que, el acto será válido sin aquél, o si se entiende prestado tácitamente, en cuyo caso, sería susceptible de ser impugnado por el no actuantes, demostrando su falta de consentimiento”.

Igualmente, SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988). *La patria potestad dual*, *op. cit.*, p. 48 destaca la dificultad de probar el consentimiento tácito.

⁷⁶ URIBE SORRIBES, A. (1983). “La representación de los hijos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 25, p. 1983.

⁷⁷ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2001). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 272.

⁷⁸ Si bien, precisa, DÍEZ GARCÍA, H. (2013). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1593 que, no obstante “esta actuación aislada no ha de impedir que el padre actuante en un ejercicio correcto y leal de la patria potestad comunique inmediatamente su decisión al otro”, y, además indica la autora que “nada obsta tampoco a que éste, llegado el caso, en ejercicio también de su potestad, cuestione judicialmente su decisión por entender que la circunstancia habilitante no concurría en el caso concreto (artículos 158 y 167), por lo que el acto habrá de considerarse inválido”.

⁷⁹ En todo caso, la situación de urgencia parece sugerir la imposibilidad de intervención de uno de los padres, vid., CASTÁN TOBEÑAS, J.M.⁸ (1991). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”. En: C. Paz-Ares Rodríguez; R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León; y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil T.I*, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, p. 551; FUENTE NORIEGA, M. (1986). *La patria potestad en el Código Civil español*, *op. cit.*, p. 236.

⁸⁰ En esta línea, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). “La patria potestad”, *op. cit.*, p. 90.

⁸¹ DÍEZ GARCÍA, H. (2013). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1596.

⁸² El auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2019 (Roj. ATS 2107/2019; ECLI:ES:TS:2019:2107A) el recurso de casación en su día interpuesto, se desarrollaba en un motivo, por infracción del artículo 156 del Código Civil, por aplicar incorrectamente el principio de protección del interés del menor, desconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al haberse suspendido el derecho la patria potestad sobre su hija menor. Asimismo, el recurso de queja se desestima, por cuanto el recurso de casación resultaría inadmisibile, porque no se justifica el interés casacional alegado por cuanto se alega una sola sentencia de la sala, que no es de pleno, que además se refiere al cambio de guarda y custodia por traslado del progenitor custodio al extranjero, cuando aquí se trata de una suspensión de la patria potestad por imposibilidad de su ejercicio por prisión del padre, ahora recurrente, por drogadicción que afecta al mismo, y falta de comunicación entre los progenitores, basando el recurso en que la sentencia recurrida no ha valorado el interés superior del menor, o lo ha hecho de forma incorrecta, lo que desconoce que las circunstancias del caso han sido valoradas por la Audiencia, y que la sentencia tiene en cuenta el superior interés del menor, porque, en base a la valoración conjunta de la prueba, se tiene por acreditada la imposibilidad del ejercicio de la patria potestad, por falta de comunicación del hoy recurrente con la madre, pues se encuentra condenado cumpliendo condena por agresión, quebrantamiento de condena, y drogadicción, unido al informe psicosocial, por lo que ha concluido que procede la suspensión de la patria potestad, precisamente en interés de la menor.

Las circunstancias expuestas determinan la desestimación del presente recurso de queja y la subsiguiente confirmación del auto recurrido, que inadmitía el recurso de casación. La denegación del recurso no implica la vulneración del artículo 24 de la CE, pues es doctrina del Tribunal Constitucional (constante e invariada desde sus sentencias 3/83 y 216/98, entre muchas otras) que el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal, está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a los recursos extraordinarios tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente, así como que el principio *pro actione* no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 1 de abril de 2003 (JUR 2003,205330) atribución exclusiva de la potestad a la madre hasta que el padre acredite un nivel de implicación económica y moral en la formación y crianza del hijo para que pueda establecerse nuevamente una potestad compartida; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 26 de junio de 2024 (JUR 2024,309439) atribución exclusiva a favor de la esposa de la patria potestad en materia sanitaria y educativa de su hija.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 6 de marzo de 2019 (JUR 2019,142254) entiende que no procede la atribución exclusiva a la madre de la patria potestad, pues, la conflictividad entre ellos es insuficiente y los desacuerdos de los progenitores en cuanto a la conveniencia o no que la menor realice los viajes de estudios organizados por el centro escolar no pueden implicar que todas las decisiones que comporta el ejercicio de la patria potestad deban ser adoptadas por la madre. Ambos progenitores deben implicarse en el adecuado desarrollo de la menor y las desavenencias puntuales en este tema, a falta de acreditación de desavenencias en otras cuestiones, no pueden ser motivo para que la potestad parental la ejerza exclusivamente la madre.

⁸³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). “Comentarios a los artículos 154 a 161 y 164 a 168 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1066; DÍEZ GARCÍA, H. (2013). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1598. Sin embargo, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M. (1982). “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Revista de Derecho Notarial, enero-marzo*, p. 275 estima que el plazo no es prorrogable, sin perjuicio de acudir al juez para que adopte una medida similar. Asimismo, CASTÁN TOBEÑAS, J.M.^a (1991). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 552.

⁸⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2019 (Roj. STS 2564/2019; ECLI:ES:TS:2019:2564).

⁸⁵ NEVADO MONTERO, J.J. (2021). *El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores*, Barcelona: Bosch, p. 240.

⁸⁶ Roj. STS 4072/2014; ECLI:ES:TS:2014:4072.

⁸⁷ RJ 2012,9730.

⁸⁸ BOE, número 154, de 25 de junio de 2014, pp. 49077 a 49080.

⁸⁹ Roj. AAP 232/2018; ECLI:ES:APB:2018:232A. Acertadamente, apunta NEVADO MONTERO, J.J. (2021). *El ejercicio de la patria potestad en situación de no convivencia de los progenitores*, *op. cit.*, p. 415 que “el sistema de recursos contra los expedientes por desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad supone un flagrante caso de indefensión para el recurrente porque en una gran proporción, los asuntos que se someten a la decisión judicial son urgentes; por ejemplo: sometimiento a tratamientos médicos, expedición de documentación para viajes, realización de viajes o actividades escolares, cambios de colegio, realización de actos relativos a la práctica religiosa, etc., y diferir en el tiempo la resolución del recurso conduce a que cuando se vaya a resolver, se haya realizado el acto o se haya perdido la oportunidad de realizarlo”.

⁹⁰ Roj. STS 5966/2013; ECLI:ES:TS:2013:5966. Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, de 6 de abril de 2022 (JUR 2022,66854) deniega la autorización del bautizo solicitada por la madre ante la oposición del padre. Señala al respecto que,

visto el posicionamiento de las partes, ha de descartarse que la discrepancia del padre con la madre respecto al bautismo de su hija esté inspirada, como sostiene el Ministerio Fiscal, en la mera intención de perjudicar a la apelante, puesto que ni siquiera ésta aduce ese argumento como motivo impugnatorio, siendo el caso que refiere el apelado precedentes de decisiones conjuntas como la de no celebrar el matrimonio católico o no bautizar a su hija recién nacida que descartan que ese planteamiento de propósitos arbitrarios o malintencionados. Por otra parte, añade que, desde la perspectiva de la libertad religiosa y de culto, el mismo artículo 16 de la Constitución Española, que garantiza esa libertad integrándola con los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, proclama la aconfesionalidad del Estado y, por ende, en modo alguno puede inferirse que la discrepancia entre progenitores titulares de la patria potestad sobre la oportunidad de bautizar a su hija, de cuatro años de edad, deba resolverse otorgando preferencia a que reciba un sacramento de la religión católica, señalando en esa línea el Tribunal Constitucional en su sentencia núm.154/2002, de 18 julio, que lo establecido en el apartado tercero comporta, en su dimensión objetiva, la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado, y que, en cuanto derecho subjetivo presenta una doble dimensión, interna y externa, porque “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”, y asimismo, junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de “*agere licere*” que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, resaltando el Tribunal Constitucional que esa dimensión externa se traduce en la “inmunidad a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”; tales como las que se relacionan en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades, y concluye que cuando concurre una situación crítica porque se pretende la “dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos”, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, la respuesta constitucional al conflicto sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso, considerando que no se trata de un derecho ilimitado o absoluto a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.1 de la CE, limita sus manifestaciones; y recuerda que en la sentencia en la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, ya se dijo (F. 4.º) que “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”, y que sirviendo de desarrollo al mencionado precepto constitucional, prescribe el artículo 3.1 de la LOLR que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”. Sobre esa base, concluye el Tribunal Constitucional que el menor, obviamente, es titular de la libertad religiosa, y que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de desarrollo de dicho precepto constitucional, reconoce tal derecho a “toda persona” (artículo 2.1) y que, precisamente porque los menores son titulares plenos de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos no puede considerarse abandonada” a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (artículos 162.1, 322 y 323 del

CC o el artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, de suerte que “sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio (RTC 1994, 215); 260/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 260); 60/1995, de 17 de marzo (RTC 1995, 60); 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134); STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann)”.

Así las cosas, y constatando en primer término, que no se trata como en el caso contemplado en la sentencia del Tribunal Constitucional de un conflicto situado en el ámbito crítico de “dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos”, sino de mera discrepancia entre los progenitores sobre la oportunidad de impartir a su hija de cuatro años de edad el sacramento del bautismo, la citada Audiencia Provincial considera que la decisión de la Jueza de Instancia es precisamente la que salvaguarda la libertad religiosa de la menor, puesto que, siendo evidente que no cuenta con madurez suficiente para que su opinión pudiera considerarse sustentada en un mínima comprensión del significado de dicho sacramento según la religión católica, responde, desde la perspectiva del derecho subjetivo y de la dimensión interna del mismo, al deber de velar porque los progenitores actúen estrictamente conforme al interés de la menor y no al servicio de las legítimas convicciones de uno u otro de los progenitores, y desde la perspectiva objetiva a la neutralidad que la Constitución Española exige a los poderes públicos; sin que el hecho de que se asuma o tolere por el padre que reciba clase de religión comporte que también deba hacerlo con la práctica del bautismo. En ese sentido ya se ha pronunciado esta propia sala sobre el principio de intervención mínima de los poderes públicos en las relaciones familiares por motivos religiosos, considerando que el Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999 establece en su artículos 8.º que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” y que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”; mientras que en su artículo 14 dispone que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”; y que se desprende de estos artículos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la interpreta (por ejemplo, sentencias de 18 de junio de 2019 —Caso Haddad contra España— y de 5 de mayo de 2020 Caso Gubasheva y Ferzauli contra Rusia) un principio de intervención mínima de la autoridad pública en el ámbito familiar, singularmente por razones religiosas o ideológicas, entre otras que pueden considerarse discriminatorias; de manera que sólo por la concurrencia de intereses especialmente protegibles, como son los que conciernen a la protección jurídica de los menores, puede justificarse dicha intervención, todo ello bajo el enfoque de que en la ponderación entre los intereses concurrentes —los del niño, los de ambos padres y los de orden público— se le ha de dar una importancia crucial al interés superior del niño, siendo el caso que ningún perjuicio se sigue para la menor Estibaliz de no recibir el bautismo que quiere imponerle la apelante, puesto que no supone situación de riesgo para la misma, teniendo en cuenta que, con arreglo al artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996 sobre la protección jurídica de los menores, “se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la

asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”, habida cuenta que ningún riesgo de exclusión social, inadaptación o dificultad concurre porque la menor no se bautice, ni ello le condiciona de cara a que, aun siendo menor pero cuando tenga suficiente criterio y madurez, pueda demandar de sus progenitores recibir el bautismo.

⁹¹ RTC 2023,5. Hay un voto particular discrepante.

⁹² LA LEY 152252,2017; Roj. AAP BU 200/2017; ECLI: ES:APBU:2017:200A.

⁹³ LA LEY 46196,2009; Roj. SAP M 3006:2009; ECLI:ES:APM:2009:3006.

⁹⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 16 de septiembre de 2016 (LA LEY 174320,2016; Roj. SAP GR 1678/2016; ECLI:ES:AOCR:2016:1678) entiende que, son extraordinarios los gastos de acontecimientos religiosos insertos en el acervo religioso familiar. (...). Tales como, por lo que aquí respecta, son los gastos de celebración religiosa; pues, como no se niega por el demandado, la formación religiosa forma parte de la educación que ha recibido la hija menor; Estibaliz desde su escolarización; siendo así que, no habiéndose formalizado oposición, excusa o protesta por el padre respecto de tal estado de cosas, es conforme a la observancia del principio de corresponsabilidad de los progenitores en el levantamiento de las cargas de los hijos, la consideración como gasto extraordinario del vestido y complementos de dicha ceremonia religiosa.

⁹⁵ JUR 2019,273789.

⁹⁶ JUR 2018,150881.

⁹⁷ RTC 2000,141.

⁹⁸ RTC 2024,26. Cuenta con varios votos particulares.

⁹⁹ RODRIGO LARA, B. (2024). “Discrepancia de los padres sobre la educación religiosa de los hijos: marco jurídico y jurisprudencia constitucional (la STC 26/2024, de 14 de febrero de 2024)”, *Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional*, 28 (2), p. 570.

¹⁰⁰ LA LEY 145053,2025.

¹⁰¹ JUR 2024,252040. En todo caso, añade que cuando los menores se encuentren bajo la guarda del padre durante el régimen de estancias, a él corresponde decidir las actividades lúdicas o sociales que vayan a desarrollar, teniendo siempre en cuenta el superior interés del menor.

¹⁰² Roj. AAP B 12079/2023; ECLI:ES:APB.2023:12979A

¹⁰³ JUR 2020,232083.

¹⁰⁴ JUR 2021,296442.

¹⁰⁵ Roj. AAP B 6496/2018; ECLI:ES:APB:2018:6496A. También, señala la citada resolución que, en el presente caso, desde el punto de vista técnico jurídico, se planteó un desacuerdo entre los progenitores que contempla el artículo 236-13 del Código Civil de Cataluña, que establece que, en caso de desacuerdos ocasionales en el ejercicio de la potestad parental, la autoridad judicial, a instancias de cualquiera de los progenitores, atribuirá la facultad de decidir a uno de ellos. Tras señalar que, la vía procesal para entablar, debatir y resolver tales desacuerdos, es el procedimiento introducido por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor, que dispuso los trámites de la jurisdicción voluntaria y, si existía ya proceso ordinario de familia, en el contexto del mismo o en ejecución de la sentencia que hubiese recaído, que a partir de la entrada en vigor de Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, el 23 de julio de 2015, permite la segunda instancia en este tipo de controversias, lo que con anterioridad estaba vedado; indica que, en cualquier caso, la Sala no puede dejar de recordar a las partes que este tipo de desacuerdos, generalmente, no hallan su mejor acomodo en el trámite judicial. No existen razones jurídicas para determinar si un colegio es mejor que otro, o si un niño se adaptará mejor a un centro escolar u otro, ni para establecer si es ciertamente mejor limitar el entorno cotidiano de un niño a una zona de una localidad o ampliarlo a las dos zonas de residencia de sus progenitores y a una tercera la del centro escolar, ni siquiera para considerar que el criterio del Juez, que en este caso resolvió que fuera la madre quien

tomara la decisión sobre la escolaridad del hijo, será el más acertado en el caso concreto. Sencillamente la Ley prevé que el Juez decida por autoridad, porque no cabe mantener en la controversia a los progenitores, pero por ello mismo el artículo 236-13 del Código Civil de Catalunya prevé que los progenitores puedan someter este tipo de discrepancias a mediación, precisamente para que en un entorno favorable y con la ayuda de un profesional especialmente formado puedan llegar a alcanzar acuerdos valorando serenamente los intereses y necesidades en juego del hijo y del padre y de la madre, todos ellos legítimos y respetables y que con visión amplia pueden llegar a flexibilizarse e incluso a coincidir, en lugar de dejar la decisión de autoridad en manos de un tercero. En este caso las partes no adoptaron la sensata decisión de acudir a mediación y el Tribunal debe resolver en base a principios jurídicos.

¹⁰⁶ Roj. AAPBI 160/2020; ECLI:ES:APBI:2020:160A.

¹⁰⁷ Roj. STS 939/2022; ECLI:ES:TS:2022:939.

¹⁰⁸ AC 2017,760.

¹⁰⁹ JUR 2023,263662. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 25 de septiembre de 2012 (JUR 2012,353736) se atribuye la facultad de decisión sobre las actividades escolares del menor con salidas o estancias fuera de centro educativo a ambos, al revocarse la atribución en exclusiva a la madre. No constan desacuerdos reiterados o la concurrencia de cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, sino una sola divergencia de opiniones en cuanto a una concreta y puntual excursión del menor, ante la negativa del padre como una corrección por haber suspendido un examen; y, el auto de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 4.ª, de 30 de marzo de 2023 (JUR 2023,348899) se concede a la progenitora la facultad de firmar la matrícula en el centro donde ha sido aceptado y va a ser escolarizado el próximo curso 2022-2023 el hijo común de los litigantes para iniciar sus estudios de Primero de infantil.

¹¹⁰ JUR 2008,173828.

¹¹¹ LA LEY 238294,2016; Roj. AAP IB:42:2016; ECLI:ES:APIB:2016:42A.

¹¹² JUR 2020,374938.

¹¹³ Para NEVADO MONTERO, J.J. (2020). “Los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad. La elección del nombre de los hijos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 13, agosto, p. 348 “esta solución resulta contraria a los establecido en el artículo 156 del Código Civil, pues, siendo el orden de los apellidos una decisión contenida en el ámbito de la patria potestad, la controversia debería resolverse mediante la atribución de la facultad de decidir a uno de los progenitores por parte del juez”.

¹¹⁴ RJ 2018,1990.

¹¹⁵ Roj. AAP CO 688/2018; ECLI:ES:APCO:2018:688A. Don Bienvenido promovió ante el correspondiente Registro Civil expediente para el cambio de nombre de su hijo, solicitando la adición al nombre simple de Victorio (que es el que exclusivamente consta en la inscripción de nacimiento inicialmente referida) la adición del nombre simple de José María. Doña Olga compareció en dicho expediente gubernativo y manifestó que no estaba de acuerdo con el cambio solicitado; en dicho expediente, identificado como 138/15 del Registro Civil de Posadas, se desestimó la solicitud formulada por don Bienvenido mediante auto de 1 de febrero de 2016 y ello por cuanto, en convergencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, se consideró, que se estaba ante un extremo referente a la patria potestad conjuntamente compartida por los progenitores y que como entre ellos no hay acuerdo en orden al referido cambio por adición del nombre del menor; dicha controversia no podía resolverse en el referido expediente gubernativo sino a través de la vía prevista en el artículo 156 del Código Civil. Pues bien; una inicial conclusión procede obtener de las circunstancias expuestas, y es, dado el concreto cauce procesal en el que nos encontramos, que aquí no se trata de decidir si procede o no el cambio del nombre del menor (toda vez que la facultad de decidir al respecto inicialmente y dentro del exclusivo ámbito registral corresponde al Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil conforme a las pertinentes normas de LRC y RRC), sino si procede atribuir a don Bienvenido la facultad de decidir en exclusiva el mantenimiento de solicitud para el cambio de nombre en cuestión y, por ende, para hacer valer dicha exclusividad decisoria ante

el Encargado del Registro Civil a efectos, una vez evaporado el óbice consistente en la discrepancia entre progenitores, de que dicho Encargado se pronuncie sobre el fondo del asunto con sometimiento al específico régimen de recursos propio de las decisiones gubernativas en dicho ámbito registral. Una vez delimitada la génesis y ámbito de este debate, y una vez revisado el contenido de las actuaciones, la Audiencia Provincial entiende que, se ha de tener presente, pese a la amplitud del conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de los hijos en tanto son menores (razón por la cual, discrepamos de la resolución apelada en cuanto que procurar la debida identificación nominal del hijo y, en su caso, solicitar el cambio de la inicialmente atribuida, sí forma parte del conjunto de derechos-deberes que integran la patria potestad en cuanto institución jurídica de protección, cuidado, asistencia, educación y medio de suplir la incapacidad), que la patria potestad es una función al servicio de los hijos que fundamentalmente entraña deberes a cargo de los padres y que como deriva de la proclamación contenida en el art. 39-2 y 3 de la Constitución, determina que todas las medidas judiciales que se acuerden en relación a la misma deben de adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés del menor. Así lo indica de forma expresa el artículo 154 del Código Civil (“La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos...”) y así lo ha resaltado reiteradamente el Tribunal Supremo, entre otras ocasiones en sentencia de 24 de abril de 2000. (...) Asimismo, entiende la citada Audiencia Provincial que, llegados a este punto se ha de señalar, que dicho interés del menor (que no debe de confundirse con el subjetivo interés o parecer del progenitor) no se explicita ni se acredita por el solicitante (al margen de no razonarse la conveniencia o interés familiar o personal de añadir el nombre de Victorio al de José María, nada mínimamente riguroso se prueba en torno a la trascendencia o reflejo que socialmente pueda tener la identificación del menor por medio del conjunto formado por esos dos nombres simples; totalmente anecdótica es la insólita glosa que el apelante hace de la inclusión del nombre del menor en el buzón del distante domicilio paterno, el valor inusitado que le otorga a esporádicos correos electrónicos remitidos por una conocida cadena de juguetes o las menciones o rótulos que privadamente tenga en su domicilio). Pues bien; como a dicha ausencia de detectable interés que la solicitud de cambio de nombre pueda suponer para el menor, se contraponen el pragmático extremo remarcado por la resolución apelada, consistente en la consolidación de la identificación del menor como Victorio en el entorno o ámbitos (social, escolar, sanitario, etc.) en los que durante la mayoría de sus siete años de existencia ha convivido con la madre en distinta localidad; la consecuencia, tal y como convergentemente expresa el Ministerio Fiscal, debe ser la anticipada. En este sentido, y aunque se trate de resoluciones que no abordaron el cambio de nombre sino el de apellidos tras el reconocimiento de una paternidad no matrimonial, pueden citarse las SSTS de 10 de noviembre de 2016 y 9 de mayo de 2018 dado que el sustrato de la decisión en ellas adoptada sí puede proyectarse al presente caso; sustrato consistente en que si no consta ese beneficio no existe razón para el cambio de apellidos solicitado (en este caso para autorizar la solicitud de cambio de nombre), pues lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible del menor al día de hoy respecto al cambio de lo que consta inscrito en el Registro Civil y en el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar. Todo lo anterior supone la desestimación del recurso y, por ende, la imposición al apelante de las costas causadas en esta alzada (ante la ausencia de razonable explicación y de acreditación de lo pretendido no procede apreciar, pese a la singular naturaleza del debate, razón alguna para exceptuar el criterio general del vencimiento objetivo reflejado en el artículo 398 de la LEC).

¹¹⁶ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 20 de diciembre de 2024 (JUR 2024,531630) ante los desacuerdos reiterados y constantes entre los padres que han motivado expedientes de jurisdicción voluntaria por esta causa, se ha terminado con la atribución a la madre de la potestad para decidir sobre el tratamiento al que debe someterse el hijo por prescripción médica.

¹¹⁷ Roj. SAP SE 2666/2018; ECLI:ES:APSE:2018:2666.

¹¹⁸ RTC 2023,181.

¹¹⁹ Roj. AAP MU 579/2023; ECLI:ES:APMU:2023:579A. En esta línea, el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 5 de Avilés, de 13 de enero de 2022 (JUR 2022,38621) atribución a la madre de la facultad de decidir sobre la vacunación de sus hijos menores frente a la oposición del padre. Manifiesta el Juzgado que no existe razón motivada en informe médico alguno para que los menores no sigan el calendario de vacunación del Principado de Asturias, incluida la vacuna contra el covid. El padre no aporta documentación médica que avale sus conclusiones. La vacunación que nos ocupa no supone un ataque a la integridad física de los menores, siendo sus beneficios (simplemente cuestionados por el padre) evidentes para la protección no sólo de los mismos, sino también de la sociedad con la finalidad esencial de evitar futuros contagio, incluido el entorno más cercano (familia, colegio...), así como evitar la gravedad de la enfermedad una vez contraída.

Sin embargo, el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Santa María de Guía de Gran Canaria, de 10 de diciembre de 2021 (JUR 2022,10411) ante la petición del padre para que se le suministre la vacuna y la posición de la madre. La Audiencia dispone, al respecto que, se ha acreditado que los menores de edad apenas sufren las consecuencias del covid, atendiendo a la baja mortalidad (0,00023861%) y la baja hospitalización con pronóstico grave, en UCI (0,002484%), de los menores de 19 años; de forma que, el posible beneficio que obtendría el menor Dugo de vacunarse es muy escaso y se ha constatado efecto adversos de gravedad a corto plazo, siendo, además, desconocidos lo que pueden dar a medio o corto plazo, se entiende que los posibles efectos adversos de la vacuna en el menor pueden ser muy superiores y pueden tener unas consecuencias adversas para su salud en comparación con el hecho de contagiarse del covid, son que se hubiera suministrado vacuna alguna contra el covid, se atribuye a la madre la facultad de decisión por el tiempo de dos años. También, el auto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Santiago de Compostela, de 24 de enero de 2022 (JUR 2022,38620) menor de 4 años que ha seguido el calendario vacunal acorde a su edad y no consta contraindicación médica en la menor por la que no se debiera vacunarse. No obstante, en razón de la su edad, no se recomienda la vacunación contra el SARS.COVID 2 al no existir datos sobre la seguridad en menores de 5 años. En consecuencia, no procede atribuir a ninguno de los progenitores la decisión sobre la vacunación en el momento actual y debiéndose diferir cualquier decisión sobre su vacunación un vez que cumpla 5 años; y, el auto del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Torrent (Valencia) de 30 de marzo de 2022 (JUR 2022,20666) no existe ningún informe médico que aconseje la vacunación del menor contra el covid, asimismo, no consta ninguna patología previa de la que pueda derivarse en caso de padecer covid tenga un mayor riesgo de desarrollar síntomas graves que hasta el momento el covid 19 en niños de 5 a 11 años se ha desarrollado con síntomas leves; por lo que se deniega la solicitud formulada por la madre a fin de atribuirle la facultad de decidir sobre la vacunación del menor; por cuanto los argumentos del padre, resultan más sólidos, al menos en este momento que los de la madre.

¹²⁰ Roj. AAP MU 722/2024; ECLI:ES:APMU:2024:722A.

¹²¹ Sobre la vacunación del Covid-19, vid., DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2021). “Covid-19: medidas adoptadas respecto de los menores. ¿limitando el ejercicio de la patria potestad?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 783, enero-febrero*, pp. 505-523.

¹²² Roj. AAP B 6504/2018; ECLI:ES:AAPB:2018:6504A.

¹²³ JUR 2023,497.

¹²⁴ LA LEY 141284,2025. En julio de 2019, cuando tenía 17 años, al menor le diagnosticaron en el Complejo Hospitalario de Navarra (CHN) un osteosarcoma (un tipo de cáncer que empieza en las células que forman los huesos) en la rodilla izquierda. Desde el servicio de Oncología les propusieron al padre y al hijo que primero se sometiera a quimioterapia, después se llevara a cabo la cirugía del tumor y, posteriormente, volviera a tratarse con quimioterapia.

Según establece la resolución judicial, “ante las reiteradas negativas” del padre a que su hijo menor se sometiera al tratamiento médico”, el CHN puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía de Menores, que interpuso una demanda para la adopción de medidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Estella.

En dicho procedimiento, el 20 de agosto el juzgado acordó autorizar el tratamiento médico prescrito. “A pesar de todo ello, el padre, asumiendo su ascendencia sobre su hijo (...), y condicionando de forma evidente la decisión del menor, interpuso, tanto por él mismo, como a través de su hijo, trabas constantes para que el menor no fuera sometido al tratamiento médico urgente que le había sido pautado para tratar de curar la grave enfermedad que sufría el menor”, señala la juez.

Asimismo, el padre, según consta en la resolución judicial, puso de manifiesto que el menor estaba recibiendo un tratamiento alternativo, si bien no aportó información alguna sobre el mismo.

Por su parte, la sentencia detalla todas las trabas y el “comportamiento obstructivo del acusado” a los tratamientos pautados desde entonces hasta enero de 2022, cuando falleció el menor. En ese periodo de tiempo el juzgado tuvo que dictar resoluciones para el tratamiento del tumor, que se agravó y extendió. Incluso, ante el desarrollo de la enfermedad, en marzo de 2020 se tuvo que practicar una amputación por encima de la rodilla.

Al respecto, la juez concluye que “el comportamiento del acusado a lo largo del procedimiento descrito y la forma en que pretendió decidir sobre las decisiones médicas de su hijo, y la propia influencia del acusado sobre su hijo (...), supuso un retraso en el tratamiento, y un agravamiento del osteosarcoma diagnosticado al menor, que supuso una reducción en la posibilidad de supervivencia del mismo”.

En el juicio, celebrado el pasado 2 de abril, la fiscalía solicitó 4 meses de prisión por un delito de abandono de familia. La defensa, por su parte, reclamó la absolución.

La magistrada admite que “es cierto que no puede saberse qué habría pasado” si el menor se hubiese sometido al tratamiento médico pautado por el CHN desde el inicio, en julio de 2019, cuando fue inicialmente diagnosticado. Pero afirma que lo que sí que quedó acreditado, porque absolutamente todos los médicos (testigos y peritos que declararon en el juicio) así lo manifestaron, es que el comportamiento del inculpado supuso un retraso en el tratamiento y un agravamiento del tumor diagnosticado. Y ello porque, según cita la juez, los estudios científicos mencionados tanto por la oncóloga del CHN como por el informe médico forense acreditan que, de los pacientes que empezaron a tratarse con un cáncer similar al del examinado cuando a este se le diagnosticó el osteosarcoma, un 74% sobrevivieron.

Sin embargo, prosigue, de los pacientes que empezaron a tratarse con un cáncer similar al del examinado cuando él se empezó a tratar, un 27% sobrevivieron, consecuencia de no haberse sometido desde el principio.

Respecto al delito imputado, la juez reconoce que el procesado estuvo con su hijo en todo momento, se preocupaba por él y la relación entre ambos era estrecha, siendo su padre su esencial referente.

Para la magistrada, es cierto, tal y como se destacó por el letrado del acusado, que el padre nunca “abandonó” a su hijo, nunca lo dejó solo y lo llevó a las consultas médicas. Ahora bien, coincide con la opinión de Ministerio Fiscal en que “el acusado se equivocó y dejó de cumplir los deberes legales de asistencia y prestarle la asistencia necesaria legalmente establecida”.

También, la juez explica al respecto que absolutamente todos los médicos, expertos en la materia, le advirtieron de la grave enfermedad de su hijo, del riesgo vital que corría, de la necesidad urgente del tratamiento pautado y, aun así, se negó a que su hijo siguiese el tratamiento. Por lo que, entiende la Magistrada que “si todos estos profesionales expertos en la materia coincidían en advertir que lo que necesitaba su hijo era ese tratamiento, que era vital y urgente, no es justificable su actitud obstativa al mismo, incluso cuando fue así acordado por las decisiones judiciales del Juzgado de Estella. Y, sobre todo, teniendo en cuenta que no aportó el acusado ninguna alternativa real al tratamiento que se le pautó a su hijo. Es decir, si por lo menos se hubiese aportado algún perito o especialista en la materia que defendiese que el tratamiento que se propuso para el menor no era el adecuado, podría llegar a encontrarse alguna justificación a la conducta del acusado, pero nada se aportó en ese sentido”. Por ello, considera que “la acusación ha acreditado el delito que atribuye al acusado que, incide en que

el inculpado no veló por el bienestar de su hijo de manera correcta, ni por su superior interés, ni por garantizar su pronta recuperación de la grave enfermedad que padecía.

En todo caso, para la determinación de la pena, la juez estima que concurre la atenuante cualificada de dilaciones indebidas, puesto que el escrito de acusación se presentó el 22 de febrero de 2022 y el juicio no se celebró hasta tres años después.

¹²⁵ Roj. AAP GR 2022/272; ECLI:ES:APCS:2022:272A

¹²⁶ Roj. AAP CS 2023/1636; ECLI:ES:APCS:2023:1636A.

¹²⁷ Roj. AAP MA 2022/1636; ECLI:ES:APMA:2022:2627A.

¹²⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 4 de julio de 2015 (JUR 2015,163149); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 15 de mayo de 2018 (JUR 2018,153621); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 13 de enero de 2020 (JUR 2020,51511).

¹²⁹ Vid., el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Massamagrell, de 27 de abril de 2022 (JUR 2023, 263336) que concreta que no ha lugar a atribuir la facultad de decidir a ninguno de los progenitores sobre la prestación de consentimiento del menor para la cesión de sus datos personales en redes sociales o la cesión de su propia imagen en la web *ixbi.es*, al tratarse de un menor mayor de 14 años.

¹³⁰ Vid., en esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 19 de septiembre de 2016 (Roj. SAP V 3279/2016; ECLI:ES:APV:2016:3269) dispone que, todo ello sin perjuicio que, conforme al contenido de la patria potestad, regulada en el artículo 154 y siguientes del Código Civil, en uno y otro caso, cada progenitor deberá de mantener informado al contrario sobre la evolución escolar, social y sanitaria del menor, siempre que el progenitor no la pueda obtener por sí mismo, estando obligados los profesionales que se ocupan de los menores a suministrar, tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre su hijo por ser ambos titulares de la patria potestad. Asimismo, se deberá de recabar el consentimiento del otro progenitor (que se entenderá otorgado si no mostrara su oposición en los 10 días naturales siguientes a su notificación fehaciente) o contar con autorización judicial previa para los cambios de residencia que, por la distancia, impidan o dificulten el régimen de visitas, para los cambios de colegio, orientación educativa, religiosa o laica, tratamientos médicos trascendentes, y en general, cualquier alteración que afecte de manera importante a la vida del menor. Se establece que el padre debe recoger a su hijo en el domicilio materno y será la madre quien irá a por él al domicilio paterno cuando concluya el régimen de visitas o estancia, salvo en los días de visita intersemales en los que el progenitor que recoja al menor se encargará también de devolverlo; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, d 8 de febrero de 2017 (Roj. SAP V 408/207; ECLI:ES:APV:2017:408) dispone que, todo ello sin perjuicio que, conforme al contenido de la patria potestad, regulada en el artículo 154 y siguientes del Código Civil, en uno y otro caso, cada progenitor deberá de mantener informado al contrario sobre la evolución escolar, social y sanitaria del menor, siempre que el progenitor no la pueda obtener por sí mismo, estando obligados los profesionales que se ocupan de los menores a suministrar, tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre su hijo por ser ambos titulares de la patria potestad. Asimismo, se deberá de recabar el consentimiento del otro progenitor (que se entenderá otorgado si no mostrara su oposición en los 10 días naturales siguientes a su notificación fehaciente) o contar con autorización judicial previa para los cambios de residencia que, por la distancia, impidan o dificulten el régimen de visitas, para los cambios de colegio, orientación educativa, religiosa o laica, tratamientos médicos trascendentes, y en general, cualquier alteración que afecte de manera importante a la vida del menor. El progenitor que los tenga, deberá de entregar al contrario, junto con el menor, la ropa y documentación relativa al mismo que pudiera necesitar durante la estancia con el mismo, como DNI, pasaporte, Tarjeta Sanitaria, etc., así como la medicación que, en su caso, necesite.

¹³¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2025 (Roj. SAP AL 215/2025; ECLI:ES:APAL:2025:2015) que manifiesta que, toda vez, entre los deberes y facultades que comprende el ejercicio de la patria potestad a cargo del padre

y de la madre, se encuentra la educación y formación integral de los hijos (art. 154 del CC). Y, por lo que respecta al desempeño de la patria potestad, en el art. 156 del CC se prevé su ejercicio de modo conjunto por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, reputándose válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situación de urgente necesidad. Al punto de que, respecto de terceros de buena fe, se presume que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio de la patria potestad con el consentimiento del otro. En el supuesto contemplado, el boletín de inscripción y reserva de plaza en el centro escolar de la parte actora fue formalizado por la madre de la menor, en calidad de representante legal de la misma. Entrando en juego la presunción de contar con el consentimiento del progenitor demandado. Máxime cuando la madre, al deponer como testigo, vino a manifestar que el padre le dio consentimiento para llevar a la misma al referido colegio y que quedó en pagar su coste a medias.

¹³² CASTÁN TOBEÑAS, J.M.^a (1991). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 553; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2000). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 273; y la RDGRN de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989,1901).

¹³³ BERCOVTIZ RODRIGUEZ-CANO, R. “Comentarios a los artículos 154 a 161 y 164 a 168 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1067; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2005). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 414; DÍEZ GARCÍA, H. (2013). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1599; RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1495.

¹³⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2024). “La patria potestad”, *op. cit.*, p. 406.

¹³⁵ En esta misma línea, DÍEZ GARCÍA, H. (2013). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 1599-1600.

¹³⁶ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2001). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 273; RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1495.

¹³⁷ Precisa QUINTANA, A. (2013). “Las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad”, *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, 1 de abril, p. 35 que “son muchos los convenios reguladores aprobados judicialmente que determinan que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores y no son tantas las sentencias dictadas en procesos contenciosos que atribuyen es ejercicio a alguna de las partes en exclusiva. Es decir, parece que la corriente generalizada se inclina a que las madres y los adres no se deslienen del ejercicio de la potestad parental, con independencia de quien ostente la custodia de los menores”.

¹³⁸ RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1492 precia que aunque se indica que “son supuestos como el ejercicio individual cuando en realidad son de titularidad única, pues, sólo puede referirse a casos en que está sin determinar la filiación paterna o materna”.

¹³⁹ RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1492 señala que estamos realmente en una situación de titularidad única, que sólo volvería a ser dual con la aparición del declarado ausente.

¹⁴⁰ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.^a (1982). “Comentarios al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 553; del mismo autor (1991). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 552; URIBE SORRIBES, A. (1983). “La representación de los hijos”, *op. cit.*, p. 2577. Sin embargo, RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1492 sólo admite la ausencia de hecho.

¹⁴¹ DÍEZ GARCÍA, H. (2013). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1600. Respecto de la instancia en prisión, vid., el auto de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.^a, de 4 de noviembre de 2024 (Roj. AAP A 787/2024; ECLI:ES:APA:2024:787A); las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, de 4 de abril de 2025 (Roj. SAP T 364/2025; ECLI:ES:APT: 2025:364); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.^a, de 8 de mayo de 2025 (Roj. SAP SS 380/2025; ECLI:ES:APSS:2025:380); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 9 de mayo de 2025 (Roj. SAP V 638/2025; ECLI:ES:APV:2025:638). Y, en cuanto, a enfermedades físicas o psíquicas, vid., las sentencias de la Audiencia Pro-

vincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 17 de febrero de 2025 (Roj. SAP SE 524/2025; ECLI:ES:AP-SE:2025:524); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 5 de marzo de 2025 (Roj. SAP MA 528/2025; ECLI:ES:APMA:2025:528);

¹⁴² CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). “La patria potestad”, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴³ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2000). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 273.

¹⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1991). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 553.

¹⁴⁵ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 1984 (RJ 1984,814); y, de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994,10616).

¹⁴⁶ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2000). “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 273). Vid., la RDGRN de 3 de octubre de 1990 (RJ 1990,8342) en el supuesto de separación de hecho y conviviendo con el menor su madre, ha de prevalecer el nombre elegido por ella.

¹⁴⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2004 (Roj. STS 4727/2004; ECLI:ES:TS:2004:4727).

¹⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 408.

Sin embargo, para RUBIO SAN ROMÁN, J.I. (2000) “Comentario al artículo 169 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1527 el supuesto consignado en el artículo 156, párrafo segundo *in fine* del Código Civil es más un supuesto de privación o suspensión; y, el párrafo cuarto de este mismo artículo, cree “se trata de un supuesto de privación, suspensión, o incluso de extinción pues, se refiere “en defecto, ausencia” que, a su juicio va referido a aquellos supuestos y no a una mera modificación debida a una simple ausencia no declarada o imposibilidad coyuntural, pues en tal caso deberá prevalecer el ejercicio conjunto, salvo que pueda subsumirse en los casos del artículo 156 referidos al ejercicio individual pese a existir una titularidad conjunta”.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 18 de abril de 2005 (JUR 2005,122828), se modifica la patria potestad ante la necesidad de conjugar la relación de los menores con sus abuelos paternos durante las vacaciones estivales, al reconocerse a los abuelos su derecho a relacionarse con sus nietos y fijar un régimen de visitas.

Vid., asimismo, el artículo 236-5.1 del Código Civil catalán.

¹⁴⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.º, de 21 de octubre de 2015 (JUR 2015,280895).

¹⁵⁰ Guía sobre la regulación de los MASC..., pp. 2-3. Respecto a las normativas estatales o autonómicas en las que se reconocen los MASC señala la Guía lo siguiente: entre la normativa estatal debe tomarse en consideración la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como el Real Decreto 980/2013, de 3 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación. Asimismo, debe tomarse en consideración la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación. Asimismo, la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

En el plano autonómico, entre otras, cita: la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón; la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar; la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar (Canarias); la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria; la Ley 1/2015, de 12 de

febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha; la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (Cataluña); la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana; la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (Euskadi); la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (Galicia); y, la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.

¹⁵¹ RJ 2009,2901. Establece, al respecto, que “De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación de artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.

¹⁵² Como precisa la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 24 de enero de 2022 (Roj. SAP PO 165/2022; ECLI:ES:APPO:2022:165) “se sustituye la declaración de incapacidad por la declaración de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo”.

¹⁵³ En la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021,4002) se ha proclamado que “la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso, a la voluntad, deseos y preferencias”. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 28 de enero de 2022 (LA LEY 122617,2022); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 16 de febrero de 2022 (Roj. SAP CC 156/2022; ECLI:ES:APCC: 2022:156); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 18 de febrero de 2022 (LA LEY 69371,2022); de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2022 (LA LEY 93521,2022); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 29 de marzo de 2022 (LA LEY 179642,2022).

¹⁵⁴ Roj. STS 1574/2021; ECLI:ES:TS:2021:1574; y RJ 2021,4002 esta última, al respecto, señala que “En realidad, el artículo 268 del Código Civil lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo “atender”, seguido “en todo caso”, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de “tener en cuenta o en consideración algo” y no sólo el de “satisfacer un deseo, ruego o mandato”. Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues, hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues, la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistencia (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de

su situación. El trastorno no sólo provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”. Lo que concluye que “no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal”. Al principio de interés superior del discapacitado también se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Elche, secc. 9.^a, de 8 de abril de 2022 (Roj. SAP A 885/2022; ECLI: ES:APA:2022:885) cuando manifiesta que “el principio de interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas de las medidas de apoyo que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometido a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. En la misma línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.^a, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP CR 1326/2021; ECLI:ES:APCR:2021:1326); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP TO 560/2022; ECLI:ES:APTO:2022:560); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, de 31 de marzo de 2022 (LA LEY 161206,2022); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 19 de mayo de 2022 (LA LEY 176052,2022); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, de 31 de mayo de 2022 (LA LEY 113593,2022).

Igualmente, vid., PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). “Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica”. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Gayo (dirs.), C. Gil Membrano y J.J. Preter Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Barcelona: Bosch, p. 420; TORAL LARA, E. (2022). “El defensor judicial de la persona con discapacidad”. En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch, p. 325.

Recordemos que el artículo 249.3 del Código Civil dispone que “(...) cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona (...). En este caso (...) se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

¹⁵⁵ En la sentencia 269/2021, de 6 de mayo (Roj. STS 1574/2021; ECLI:ES:TS:2021:1574) se hace referencia a que uno de los principios que deriva del Convenio de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, y, asimismo, se razonaba que “(...) no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetada, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada”. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2.^a, de 14 de febrero de 2022 (Roj. SAP S 179/2022; ECLI:ES:APS:2022:179) señala que, si el apoyo encuentra su campo de actuación fundamental —porque huye de perpetuar un régimen de tutela de autoridad— en la información y formación de la persona con discapacidad que emita correctamente su voluntad; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP TO 560/2022; ECLI:ES:APTO:2022:560) manifiesta que “el principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad: no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible ha de ser respetado; lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, es necesario determinar que la voluntad manifestado no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que padece, fuente de la necesidad de apoyos”. Igualmente,

vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana, secc. 9.^a, de 13 de febrero de 2022 (Roj. SJPI 299/2022; ECLI:ES:JPI:2022:299).

¹⁵⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 15 de septiembre de 2021 (Roj. SAP B 9511/2021; ECLI:ES:APB:2021:9511).

¹⁵⁷ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.^a, de 13 de enero de 2022 (LA LEY 14973,2022).

¹⁵⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.^a de 16 de febrero de 2022 (LA LEY 60331,2022); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, de 11 de marzo de 2022 (Roj. SAP CA 403/2022; ECLI:ES:APCA:2022:403); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, de 11 de marzo de 2022 (LA LEY 91809,2022). Asimismo, vid., el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla, secc. 2.^a, de 15 de febrero de 2022 (Roj. AJPII 9/2022; ECLI:ES:JPII:2022:9A).

¹⁵⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, de 13 de abril de 2022 (LA LEY 119567,2022); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, de 22 de abril de 2022 (LA LEY 135698,2022); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, de 4 de mayo de 2022 (LA LEY 135296,2022).

¹⁶⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021,4958). Por su parte, en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre (RJ 2021, 4847) se estima el recurso extraordinario por infracción procesal por falta de motivación, por haber prescindido de la voluntad de la persona con discapacidad en un supuesto o de autocurately. No se dan las circunstancias para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada al no concurrir circunstancias graves desconocidas por la misma o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos; y, asimismo, en la sentencia de 21 de diciembre de 2021 (Roj. STS 4879/2021; ECLI:ES:TS:2021:4879) se indica que para prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley (actualmente, artículos 249 párrafo segundo y 268 párrafo primero del Código Civil) requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que, en la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado.

¹⁶¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.^a, de 28 de enero de 2022 (LA LEY 122617,2022) y de 10 de marzo de 2022 (LA LEY 90107,2022); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, de 13 de abril de 2022 (LA LEY 119567,2022); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, de 22 de abril de 2022 (LA LEY 135698,2022); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, de 5 de mayo de 2022 (LA LEY 149380,2022); y, de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2.^a, de 31 de mayo de 2022 (Roj. SAP S 623/2022; ECLI:ES:APS:2022:623). Asimismo, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Albacete, de 28 de junio de 2022 (LA LEY 153929,2022).

¹⁶² En esta línea ÁLVAREZ LATA, N. (2021) "Comentario al artículo 295 del Código Civil", En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 831-832; de la misma autora (2021). "Comentario al artículo 295 del Código Civil", En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 535.

¹⁶³ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, Madrid: Cuadernos Civitas, p. 181.

¹⁶⁴ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "Comentario al artículo 235 del Código Civil". En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 443.

¹⁶⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, de 25 de mayo de 2022 (LA LEY 180219,2022).

¹⁶⁶ El antiguo artículo 165 del Código Civil fue uno de los preceptos reformados por la segunda edición del Código Civil, en el que se establecía: “Siempre que en algún asunto el padre o 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.

El Juez a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio Fiscal o de cualquiera persona capaz de comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste, a otro pariente o a un extraño”. Con esta segunda redacción se introduce en el primer párrafo a la madre, omitida en la redacción original; y, se amplía la legitimación para solicitar el nombramiento de defensor judicial al propio menor y al Ministerio Fiscal.

Por su parte, señalaba GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). “El defensor judicial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año VI, número 63, marzo, p. 196 que la razón por la que aparece la figura del defensor judicial en la redacción originaria del artículo 165 Código Civil, era porque la Ley confería expresamente la patria potestad al padre, y en su defecto, a la madre, y para evitar que la determinación del representante, en un punto concreto, pudiera ser influida por el interés propio, el citado precepto ordenaba que en tales supuestos, se nombrara a aquéllos un defensor judicial que, los representase en juicio o fuera de él.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1927). “El autocontrato en el Derecho privado español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 151, p. 417 manifestaba, asimismo, que “el peligro de lucro ha sido sin duda el que originó la creación del defensor judicial. Evitar que abusare el padre de su situación privilegiada cuando sus intereses se encontrasen en oposición con los del hijo”.

¹⁶⁷ Si bien, ya antes la jurisprudencia había ampliado el ámbito de la figura a la tutela poco tiempo después de publicarse el Código Civil. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1895 (*Jurisprudencia Civil*, publicada en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 78, número 108, Madrid 1896, p. 493), en la que se disponía que, el defensor judicial debía nombrarse ante un conflicto de intereses entre el protutor y el pupilo menor de edad, o cuando fuere removido todo el organismo tutelar.

¹⁶⁸ En este sentido, FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, op. cit., p. 43 que ve como antecedente directo del defensor judicial *ex* antiguo artículo 165 del Código Civil al “procurador” por las siguientes razones: “a) La organización de la guarda legal, en el Proyecto de 1851, se identificaba con el sistema de tutela de familia, de clara inspiración francesa, al igual que en el Código Civil de 1889; b) El término para identificarlo —“procurador”— no es argumento digno de ser tenido en cuenta, a pesar de evocar, según el léxico actual, un ámbito procesal, máxime cuando sus funciones eran idénticas a las del defensor del antiguo artículo 165 del Código Civil; c) Su existencia y función quedaban enmarcadas en el ámbito de la patria potestad; d) El presupuesto de su actuación —interés opuesto entre padres e hijos— es el mismo que el del defensor judicial del antiguo artículo 165 del Código Civil; e) El procurador representaba al hijo menor tanto en juicio como fuera de él”.

¹⁶⁹ GARCÍA GOYENA, Fco. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. I, Madrid, p. 98.

¹⁷⁰ MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”. *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, AAVV, Madrid: Tecnos, p. 1090, y añade el autor, en la nota 3 que “preferimos hablar de curador especial o *ad hoc* más que de curador *ad litem* porque el defensor se crea para todos los casos de conflicto de intereses, mientras que el curador *ad litem*, como su propio nombre indica, tenía un fin esencialmente judicial o procesal”.

¹⁷¹ Precisa COUTO GÁLVEZ, R.M.ª (2000). “Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil”. En: Joaquín Rams Albesa y Rosa María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, Barcelona: Bosch, p. 2060 que en los trabajos de CAMBRONERO se regula una curaduría especial, para uno o varios negocios determinados, y si se trata de pleitos, la persona encargada se llamará curador *ad litem* (artículo 108).

¹⁷² Los autores de este trabajo manifiestan sobre el defensor judicial: “El capítulo quinto Del defensor judicial introduce otra vez una nueva figura dentro de las instituciones tutelares, que no en nuestro ordenamiento, donde viene contemplada con perfiles semejantes, en sede de patria potestad y ausencia. No se trata de los defensores a que hacen referencia los artículos 215, 219 y 223 del Código vigente..., sino de personas que, nombradas por el Juez, en los supuestos de incapacitación, excusa o remoción de tutor o curador, hasta que no se instaure una nueva persona para desempeñar el cargo; por el tiempo que medie entre el momento en que haya tenido dicha Autoridad Judicial (conocimiento) de la existencia de una persona que deba ser sometida a tutela y el de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento; cuando haya conflicto de intereses entre tutor o curador y pupilo, o entre padre o madre, e hijos no emancipados, amparen a la persona incapacitada o en vías de incapacitación, y cuiden de la administración de sus bienes o se limiten a defender los intereses del pupilo contrarios a los de las personas que, en cada caso, sean titulares del poder tuitivo sobre el mismo”. DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R., ROGEL, C., CABANILLAS, A., y CAFARENA, J. (1977). *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, bajo del patrocinio del Servicio de recuperación y rehabilitación de minusválidos (SEREM), de la Dirección General de Asistencia y Servicios Sociales, y del Patronato para Ayuda a subnormales de la Fundación General Mediterránea, octubre, p. 28.

¹⁷³ LETE DEL RÍO, J.M. (1985). “Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil”. En: Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. IV*, 2.ª ed., Madrid: Edersa, p. 469.

¹⁷⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2024). “La tutela, la curatela y la guarda de los menores”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 7.ª edición, Madrid: Colex, p. 430.

¹⁷⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 6.ª ed., Madrid: Edisofer, p. 450.

¹⁷⁶ ORDÁS ALONSO, M. (2021). “Comentario al artículo 235 del Código Civil”, En: Rodrigo Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, coordinador, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 448.

¹⁷⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). “Comentario al artículo 235 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 443. Asimismo, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). “La patria potestad. Responsabilidad parental”. En: M. Linacero De La Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.ª ed., Valencia: tirant lo blanch, pp. 617-618 entiende que el defensor judicial “es un órgano provisional de representación de menores (sujetos a patria potestad o tutela) y de apoyo ocasional a personas con discapacidad, especialmente previsto para determinadas situaciones como aquellas en las que existía conflicto de intereses, necesario de apoyo ocasional o imposibilidad transitoria de que la figura de apoyo habitual lo ejerza”.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994,1731) señala que “el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el Juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa judicialmente, debe probar que lo hace así, no exhibir sólo el auto judicial de nombramiento; y, de 4 de marzo de 2003 (Roj. STS 1472/2003; ECLI: ES:TS:2003:1472) declara que el defensor judicial “es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad o incapacitados cuando la persona que legalmente deba hacerlo, padres tutores o curadores, no lo hacen; se trata de un cargo judicial porque es necesaria una resolución judicial que acuerde su nombramiento; cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así”.

¹⁷⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil, T. VI Derecho de Familia*, 7.ª edición, Madrid: Marcial Pons, p. 383; del mismo autor (2021). *Principios de Derecho Civil, VI Derecho de Familia*, décimo novena edición revisada y actualizada con la colaboración de

B. Sainz-Cantero Caparrós, P. López Peláez, M.^a Del M. Heras Hernández, Madrid: Marcial Pons, pp. 340-341; SERRANO GIL, A. (2009). “El defensor judicial”. En: M.^a Paz Pous de la Flor y Lourdes Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor*, 2.^a edición, Madrid: Colex, p. 170.

¹⁷⁹ LETE DEL RÍO, J.M. (1985). “El defensor judicial”, *op. cit.*, pp. 469-470; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). “Comentario al artículo 235 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 444; MARTÍN AZCANO, E.M.^a (2021). “El defensor judicial de la persona con discapacidad”. En: M. Pereña Vicente y M.^a Del M. Heras Hernández (dirs.); y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch, p. 284; GARCÍA GOLDAR, M. (2022). “Comentario al artículo 295 del Código Civil”. En: M.^a P. García Rubio y M.^a J. Moro Almaraz (dirs.), I. Valera Castro (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 466 señala también que es un cargo puntual. Vid., asimismo, conforme a la antigua regulación el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de 5 de junio de 2000 (AC 2000,1275) manifiesta que: “el defensor judicial es una de las instituciones de protección de menores e incapacitados, cuya vigencia es fundamentalmente temporal siendo un órgano supletorio y subsidiario nombrado por la autoridad judicial con el fin de proteger excepcionalmente a menores, incapacitados o pródigos representándoles y asistiéndoles, ya sea con carácter específico, ya con carácter más general, cuando en algún asunto concreto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador; cuando por cualquier causa, el tutor, curador no desempeñasen sus funciones; y, en todos los demás, supuestos previstos en el Código Civil —artículo 299—” (*Fundamento de Derecho 2.º*). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006,239550) también conforme a la antigua regulación dispone como características del defensor judicial su temporalidad, subsidiariedad y coexistencia con la patria potestad; y, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.^a, de 24 de junio de 2004 (LA LEY 149710,2004) manifiesta que, el defensor judicial es una de las instituciones de protección de menores e incapacitado, con vigencia fundamentalmente temporal, siendo un órgano supletorio y subsidiario nombrado por la autoridad judicial.

Respecto a la *subsidiariedad*, conforme a la anterior regulación, ya GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). “El defensor judicial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año VI, número 63, marzo, pp. 199 y 200 refiriéndose al defensor judicial en sede de patria potestad, había advertido que “los supuestos de privación o suspensión de la patria potestad se aplicarán de preferencia, aunque presenten cierto aspecto patrimonial”. FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 179-180 por su parte, señalaba que “hay que tener en cuenta que precisamente en estas circunstancias el defensor judicial también está llamado a intervenir y cumplir su función en defecto de la de los padres o tutores o curadores (ex artículo 299.2 del Código Civil)”. Por tanto, precisaba el autor, que “la subsidiariedad hay que entenderla en el sentido de excepcionalidad, como viene contemplado por el actual artículo 162 del Código Civil, al disponer que la representación solamente se suspenderá excepcionalmente en los casos previstos, uno de los cuales —contraposición de intereses— dará lugar al nombramiento de defensor”. De forma que, junto con la supletoriedad, “ambas características coinciden en el fundamento mismo de la función del defensor judicial, es decir, representar y amparar excepcionalmente al menor o incapacitado en defecto del régimen de guarda y protección al que está sometido, ya sea por existir contraposición de intereses entre el representante legal originario y el menor o incapacitado, ya sea porque el representante legal no cumple con el desempeño del cargo”.

Con relación a la *temporalidad*, se manifiesta claramente en el antiguo artículo 299.2 del Código Civil, al decir que “se nombrará un defensor judicial...hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo”. De forma que, la temporalidad puede ser traducida en provisionalidad del cargo, pues, su nombramiento obedece a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado, y al desaparecer éstas se extingue y desaparece la figura del defensor judicial. El defensor judicial es, por

tanto, un cargo que suple temporal y provisionalmente a los padres, tutor y curador, para la representación y amparo o asistencia del menor, incapacitado o pródigo. Vid., FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, pp. 185-186.

¹⁸⁰ GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C. (1991). “Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil”. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de Leon, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, p. 853.

Precisa FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, p. 179 que “tanto (el antiguo) artículo 163 del Código Civil como (el antiguo) artículo 299 del Código Civil refieren su intervención para suplir las funciones propias del originariamente legitimado. Dicha suplencia, además, no tiene por qué implicar sustitución alguna del cargo principal. En el caso paradigmático del conflicto de intereses, la simultaneidad y compatibilidad en el ejercicio de la función, tanto del defensor como del cargo principal, es la regla ya que la legitimación legal de éste sólo se suspende en el ámbito del asunto que ha originado el conflicto, quedando intacta su legitimación en todo lo demás”.

¹⁸¹ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, pp. 178 y 185. En similares términos, ÁLVAREZ LATA, N. (2006) “Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2.^a edición, Navarra: Thomson-Aranzadi, pp. 473-474 señala que no se configura “*strictu sensu*” como la cuarta institución de guarda de nuestro ordenamiento jurídico, sino como una figura presidida por la transitoriedad y la subsidiariedad. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 1985 (RJ 1985/3109) en la que se indica que, se trata de una figura presidida por la idea de la transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses justificativo de la suspensión del poder paterno en el asunto determinado de que se trata (*Considerando Jurídico 3.º*).

¹⁸² FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, p. 181.

¹⁸³ En esta línea, TORAL LARA, E. (2022). “El defensor judicial de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 300. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 19 de mayo de 2022 (Roj. SAP A 1016/2022; ECLI:ES:APA:2022:1016).

¹⁸⁴ MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E. (1984). “Representación paterna y oposición de intereses”, *Revista Jurídica de Derecho Notarial*, T. CXXIV, p. 226; FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, p. 183.

¹⁸⁵ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, pp. 174-175; HERNÁNDEZ GIL, F., “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *Revista de Derecho Privado*, marzo 1961, p. 213; LETE DEL RÍO, J.M. (1985) “Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil”. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por*, T. IV, Madrid: Edersa, p. 468; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). “El defensor judicial”, *op. cit.*, p. 259. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 6.^a, de 30 de marzo de 2006 (LA LEY 251460,2006).

¹⁸⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona, secc. 3.^a, de 28 de junio de 2022 (Roj. SAP NA 535/2022; ECLI:ES:APNA:2022:535) señala que las medidas de apoyo deben ser proporcionales a las necesidades y respetar la máxima autonomía en el ejercicio de la capacidad jurídica.

¹⁸⁷ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 13 de mayo de 2003 (LA LEY 85888,2003), entre las atribuciones que les puede conferir el Juez al defensor judicial, se encuentra la de administrar los bienes; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, de 11 de diciembre de 2006 (LA LEY 284708,2006), el defensor tiene como facultad atribuida la administración de la comunidad de bienes; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 14 de diciembre de 2006 (LA LEY 249132,2006), se designa el defensor judicial con facultades de administrador patrimonial de los bienes de la incapacitada; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, de 15 de abril de 2008 (JUR 2008,225781).

¹⁸⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 20 de mayo de 2022 (LA LEY 180235,2022).

¹⁸⁹ COUTO GÁLVEZ, R.M.^a (2000). “Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil”. En: En: J. Rams Albesa y R. María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2.º*, Bosch: Barcelona, p. 2064.

¹⁹⁰ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, p. 207; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1100.

El artículo 224-4 del CCC considera anulables los actos realizados sin la intervención de defensor judicial, cuando resulta necesaria.

¹⁹¹ Vid., conforme a la anterior regulación la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 29 de noviembre de 1999 (AC 1999,2460). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 12 de enero de 2000 (LA LEY 13548,2000) pone de manifiesto que, el defensor judicial dispone de legitimación activa para oponerse al nombramiento de tutor, cuando estime que este es perjudicial para los intereses del incapaz.

¹⁹² Vid., conforme a la anterior regulación las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1997 (RJ 1997,4605); de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002,9484); y de 9 de julio de 2004 (RJ 2004,5246); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 2.ª, de 11 de enero de 2005 (LA LEY 4449,2005) en que se nombra defensor del presunto incapaz para que le asista y defienda en el procedimiento de incapacitación.

¹⁹³ PUIG FERRIOL, L., “Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil”, *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos, p. 782.

¹⁹⁴ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, p. 195.

¹⁹⁵ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, pp. 200-201 argumenta en un doble sentido: “en primer lugar, porque la misma *ratio legis* del antiguo artículo 271 del Código Civil así lo indica: puesto que la Ley, en origen, atribuye al tutor unas facultades amplísimas, análogas a las otorgadas a los padres, resulta lógico que algunas, cuando deban ser ejercidas y por su trascendencia, estén sometidas a la intervención y aprobación del Juez, y a esto responde la norma del antiguo artículo 271.4 del Código Civil; además, la misma antinomia obliga a una interpretación restrictiva del caso: el antiguo artículo 271.4.º del Código Civil habrá que entenderlo como norma específica aplicable únicamente al tutor frente a la norma general del artículo 1060 del Código Civil, aplicable a los demás cargos protectores que conlleven representación legal y, concretamente, al defensor judicial”; CASASÚS HOMET, E. (1984). “¿Requiere aprobación judicial la partición hereditaria en que interviene defensor judicial?”, *Revista de Derecho Notarial, julio-diciembre*, p. 377; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.^a (1982). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2.º*, Madrid: Edersa, p. 562; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”, *Comentario a la reforma de Derecho de Familia*, Madrid: Tecnos, p. 1100. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 12 de marzo de 1996 (RJ 1996,2175); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 17 de octubre de 2003 (JUR 2003,271424); el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.ª, de 17 de noviembre de 2003 (JUR 2004,8385); y, las RDGRN de 4 de abril de 1986 (RJ 1986/2127); y de 23 de julio de 1990 (RJ 1990,6666). En contra, SERRANO GIL, A. (2009). “El defensor judicial”. En: M.^a Paz Pous De La Flor y L. Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor*, Madrid: Colex, p. 181; y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2008 (LA LEY 148013,2008) en la que se indicaba que, una vez realizada la partición, es cuando ha de recaer la aprobación judicial solicitada por el defensor judicial del incapaz, si el Juez no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (*Fundamento de Derecho 1.º*); y la RDGRN de 14 de julio de 2005 (RJ 2005,7016).

El artículo 224-3 del Código Civil catalán la entiende implícita en el nombramiento. Al igual que, el artículo 139.1 del Código Foral aragonés.

¹⁹⁶ MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E. (1984). “Representación paterna y oposición de intereses”, *Revista Jurídica de Derecho Notarial, T. CXXIV*, p. 238; GETE-ALONSO y CALE-

RA, M.^a del C. (1991). “Comentario al antiguo artículo 303 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 860; LETE DEL RÍO, J.M. (1985). “Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil”. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T.IV*, Madrid: Edersa, p. 483. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1985 (RJ 1985,3109); y de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994,1731); y, la Resoluciones DGRN de 23 de julio de 1990 (RJ 1990,6666); y de 8 de mayo de 1994 (RJ 1995,4093).

¹⁹⁷ MONTÉS PENADES, V. L. (1984). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1099; FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, p. 205; JIMÉNEZ ASENJO, E. (1954). *voz* “Defensor judicial”, *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. VI*, Barcelona: Seix, p. 348; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1994). “Comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1994”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 35, abril/agosto*, p. 733.

¹⁹⁸ Vid., el artículo 224-3 del CCC; y, el artículo 139 del CFA.

¹⁹⁹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (Roj. STS 14900/1994; ECLI:ES:TS:1994:14900); y, de 17 de enero de 2003 (Roj. STS 127/2003; ECLI:ES:TS:2033:127).

²⁰⁰ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.^a, de 13 de julio de 2004 (LA LEY 166326,2004). Asimismo, vid., en este mismo sentido, el artículo 236-20 del Código Civil catalán.

²⁰¹ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, p. 157; PUIG FERRIOL, L. (1986). “Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 778 aboga, igualmente, “por la inoperancia de las mismas, por cuanto el (antiguo) artículo 300 del Código Civil claramente resulta que sólo el Juez está legitimado para nombrar defensor judicial o, —en último término— que el Juez puede hacer caso omiso de este nombramiento mediante decisión motivada, a tenor de lo prevenido en el (antiguo) artículo 224”; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C. (1991). “Comentario del antiguo artículo 300 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 858, señala que, no hace falta motivar la designación, si el Juez opta por no nombrar a quienes los padres han designado; LETE DEL RÍO, J. M. (1985). “Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 479, por su parte, precisa que, nada se opone a que el Juez elija y nombre a dicha persona, si bien no vendrá obligado a motivar su preterición”. No obstante, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia*, 3.^a ed., revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 445 manifiesta que, no ve razón diferenciadora en los casos de tutor testamentario, que si lo hubiere, fuese distinta persona, y no tuviere interés opuesto. Posiblemente, sobre tales bases, se confía en que, en tan improbable hipótesis, lo nombrará el Juez.

²⁰² Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 6 de abril de 2000 (LA LEY 76639,2000); el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.^a, de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006,239550); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 5 de junio de 2007 (JUR 2007,312525); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.^a, de 26 de enero de 2009 (LA LEY 7343,2009). Por su parte, en el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.^a, de 26 de abril de 2004 (LA LEY 96447,2004), señala que, en situaciones de normalidad, siempre será preferible que sea un pariente o persona allegada al incapaz quien asuma las funciones tuitivas respecto del mismo. Asimismo, vid., en este mismo sentido, el artículo 224-2.2 del Código Civil catalán; y artículos 102.1 a) y 110 del Código Foral aragonés.

²⁰³ Señala el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 13 de enero de 2009 (LA LEY 727,2009) la designación del defensor judicial no lo será tanto para integrar la capacidad del menor, como para paliar las posibles decisiones de la madre que ostenta la patria potestad. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.^a, de 22 de octubre de 1998 (AC 1998,2263) manifiesta que, el defensor judicial nombrado tiene una específica función, defender al presunto incapaz.

²⁰⁴ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, pp. 164-165.

²⁰⁵ FLORENSA I TOMÀS C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, pp. 169-170; GÓMEZ-OLIVEROS, J.M. (1984). “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre”, *Revista*

Crítica de Derecho Inmobiliario, mayo-junio, pp. 668-669; COUTO GÁLVEZ, R. M.^a (2000). “El defensor judicial”, *op. cit.*, p. 2070; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C. (1991). “Comentario al antiguo artículo 301 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 859; SERRANO ALONSO, E. (2000). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil, T. II*, Barcelona: Bosch, Barcelona, p. 456.

²⁰⁶ MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, Madrid: Montecorvo, pp. 221-222; MARTÍNEZ PIÑEIRO CARAMÉS, E. (1984). “Representación paterna y oposición de intereses”, *Revista de Derecho Notarial*, número 124, p. 235; PUIG BRUTAU, J. (1985). *Fundamentos de Derecho Civil, T.IV*, Barcelona: Bosch, p. 265; HERNÁNDEZ-GIL, F. (1961). “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *Revista de Derecho privado*, marzo, p. 217.

²⁰⁷ GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C. (1991). “Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 858.

²⁰⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). “Comentario al artículo 235 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 450.

²⁰⁹ En los mismos términos, el artículo 153 del Código Foral aragonés; y, más desarrollado en su contenido, pero en similares términos, el artículo 224-1 del Código Civil catalán. Así dispone este precepto que: “La autoridad judicial debe nombrar un defensor judicial en los siguientes casos: a) Si existe conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado, o entre el curador y la persona puesta en curatela; b) Si lo exigen las circunstancias de la persona que debe ser tutelada, mientras la tutela no se constituya; c) Mientras no se constituya la curatela de pródigos o de personas en situación de incapacidad relativa; d) En los supuestos en que por cualquier causa los tutores o curadores no ejerzan sus funciones, mientras no finalice la causa o no se designe otra persona para el ejercicio de los cargos; e) En los demás casos determinador por la ley”.

²¹⁰ Ha de tratarse de un asunto concreto, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.^a, de 22 de abril de 2008 (LA LEY 95137,2008); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.^a, de 16 de diciembre de 2008 (LA LEY 282040,2008).

²¹¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2003 (Roj. STS 127/2003; ECLI: ES:TS:2003:127).

²¹² Respecto a la voluntad del menor, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2021, entre otras (Roj. STS 3863/2021; ECLI:ES:TS:2021:3863) dice que la voluntad del menor no es vinculante para el juzgador “quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión. Pero es relevante una opinión libremente emitida, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores”. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 9 de enero de 2014 (Roj. STSJ CAT 5/2014; ECLI:ES:TSJCAT:2014:5) ha señalado que “El derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar no significa, sin embargo, que su opinión o su voluntad hayan de ser determinantes en la resolución que se adopte. Su criterio debe tenerse en cuenta, pero no puede erigirse en elemento decisorio. En otro caso se incurriría en el riesgo de convertir a los menores en sujetos y en objetos de la disputa de sus padres (...) De este modo, los Tribunales valoraran el contenido de la audiencia del menor juntamente con otros factores ya que en ocasiones la voluntad expresada por los menores no coincide con la voluntad real ni con lo que les resulta más beneficioso”. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 11 de febrero de 2025 (Roj. SAP B 155/2025; ECLI:ES:APB:2025:155) la Sala considera que las manifestaciones del hijo no expresan un deseo claro, firme y motivado de mantener un sistema de convivencia paritario, exento de cualquier condicionamiento, sino una adaptación o conformidad al régimen de convivencia que conoce y que ha tenido desde muy corta edad y que dichas manifestaciones se realizan en un contexto de discusión, disputa o conflicto entre sus padres conocido por el hijo en tanto no ha sido preservado y del que no quiere participar o posicionarse. El contenido de la audiencia debe ser valorado desde la

perspectiva de su interés concreto y teniendo en cuenta el contexto descrito. La voluntad u opinión manifestado por los hijos menores no siempre coincide con lo que exige o requiere su interés. Consta que el padre ha sido negligente en la gestión de los intereses económicos de su hijo generándole una deuda importante frente a la Agencia Tributaria y además no cumple desde hace años con la obligación de ingresar la cantidad que le corresponde en una cuenta conjunta para satisfacer gastos del menor, cantidad que se fijó judicialmente en el Auto de Medidas Provisionales.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que sigue siendo la madre la que ofrece al menor un entorno de mayor estabilidad y orden con pautas más claras y adecuadas que aconsejan una guarda materna. La recomendación del Equipo Técnico sigue teniendo vigencia en la actualidad, en tanto no han variado las circunstancias personales del progenitor, ni los problemas de comunicación o de relación interparental. El hijo simplemente se ha adaptado a una situación que en realidad no le es favorable. El vínculo afectivo existente entre el padre y el menor, vínculo que no se niega y que deriva claramente de la continuada convivencia, se preserva estableciendo un régimen de relación y de estancias adecuado, pero se estima que el interés del hijo requiere de una organización determinada que no le condicione su lealtad hacia la otra figura parental y en el que pueda desarrollarse de forma armónica, sin cambios bruscos. Se ha puesto de manifiesto que el padre es negligente en el ejercicio de determinadas funciones parentales, como en el tema económico y de orden o continuidad en la convivencia y no ha sido claro ni ha expuesto sus razones de forma justificada, ni a la Sala ni al parecer a la progenitora. Por todo ello estimamos la impugnación y acordamos que la guarda del menor corresponde a la madre y que el menor permanecerá con su padre los fines de semana alternos desde la tarde del viernes a la entrada en el centro escolar los lunes y una tarde sin pernocta que en defecto de acuerdo será la del miércoles desde la salida del centro escolar hasta las 20.30 horas. Se mantiene el reparto por mitad de los periodos vacacionales que establece la sentencia.

²¹³ BADOSA COLL, F. (1986). “Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela, vol. I*, Madrid: Tecnos, p. 257. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393,2004).

²¹⁴ GÓNZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). “El defensor judicial”, *op. cit.*, p. 257.

²¹⁵ HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *op. cit.*, p. 210.

²¹⁶ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, p. 73. Para SERRANO ALONSO, E. (2006). “Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil”. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil, T. 2*, Barcelona: Bosch, Barcelona, p. 689 conflicto de intereses existe “cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes, pone en peligro el beneficio del menor o incapaz al ser éste, contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos”.

Por su parte, en el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002,9484) en su *Fundamento de Derecho 2.º* cuando señala que: “El conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser éste, contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos”.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 (RJ 2012,6700), asimismo, indica que, habrá conflicto de intereses “cuando los intereses de uno (...) y otro (...) son contrarios u opuestos en un asunto determinado, de modo que el beneficio de uno puede comportar el perjuicio para otro”; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006,239550) define conflicto de intereses en su *Fundamento de Derecho 2.º* como “la situación en la que el representante legal se ve obligado a tomar una decisión sobre un asunto patrimonial que, en circunstancias normales, si no fuera atribuida directa o indirectamente a aquel, le correspondería, definición que hoy se entiende que, necesariamente debe ampliarse a intereses y asuntos familiares y personales

tales como el ejercicio de acciones de reclamación e impugnación de paternidad o filiación en las que se produzca una situación idéntica, debiendo tenerse presente siempre que, cuando el conflicto se produzca con los titulares de la patria potestad debe aplicarse el artículo 163.2 del Código Civil, conforme al que sin necesidad de especial nombramiento corresponde al otro progenitor la representación del menor, sin que deba nombrarse defensor judicial”.

²¹⁷ Roj. STS 127/2003; ECLI: ES:TS:2003:127.

²¹⁸ MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 105-106. Por su parte, MARTOS CALABRÚS, M.ª A. (2023). *El defensor judicial de la persona con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 63 indica, al respecto, que “para que exista conflicto de intereses tiene que darse en un ámbito subjetivo específico y concurrir unos criterios o requisitos desde un punto de vista objetivo. Con respecto al ámbito subjetivo, según la regulación anterior, tenía que darse entre menores o personas con discapacidad y sus representantes legales, es decir, los titulares de la patria potestad o los tutores en el caso de los menores y, en el caso de personas con discapacidad los tutores (...). Con la nueva regulación, el ámbito subjetivo en caso de menors sigue siendo lo mismo (...)”.

²¹⁹ MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). “Comentario al artículo 163 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1095. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 10 de mayo de 2005 (LA LEY 103770,2005); y, de 19 de mayo de 2025 (JUR 2025,125517); y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1999,1339); y, la RDGSJYFP, de 17 de octubre de 2023 (JUR 2024,453894)

Por su parte, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, de 26 de enero de 2007 (JUR 2007,314332) que “la oposición de intereses vendrá de la posibilidad de una ventaja, beneficio o ganancia que el progenitor pueda obtener y, que correlativamente comporte perjuicio para el hijo”.

²²⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132,2003). Por su parte, la RDGRN de 14 de mayo de 2010 (BOE, 27 de septiembre de 2010, pp. 81.904 a 81.909), señala que “para determinar que existe conflicto de intereses debe concluirse que es razonable entender que la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos”.

²²¹ RJ 1995,3238.

²²² Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393,2004) donde se señala que “el conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador en defensa del menor (Sentencia de 17 de enero (LA LEY 825,2003) y 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132,2003) en relación con cada asunto concreto (artículo 299.1.º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia”.

²²³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de junio de 1985 (RJ 1985,3109); y, de 18 de octubre de 2012 (Roj. STS 6952/2012; ECLI:ES:TS:2012:6952) conflictos entre hermanos herederos en la partición, siendo uno representante del otro.

²²⁴ MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1093; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). “Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 474; FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, p. 95; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1982). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”. En: Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. III, vol. 2.º*, Madrid: Edersa, p. 192; del mismo autor (1993). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”. En: En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y S. Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I, 2.ª edición*, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, p. 561; JIMÉNEZ ASENJO, E. (1954). *voz* “Defensor judicial”, *op. cit.*, p. 344. En contra, sólo para el ámbito patrimonial, HERNÁNDEZ GIL F., “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *op. cit.*, p. 207; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., “El defensor judicial”, *op. cit.*, p. 200.

²²⁵ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 25 de mayo de 2006 (LA LEY 70796,2006); y el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 22 de junio de 2006 (JUR 2006,225845).

²²⁶ En esta línea, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). “Comentario al artículo 235 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 446. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 (RJ 2012,6700).

²²⁷ FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 74-78; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). “Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 474; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1094 para quien no debe confundirse la actualidad del conflicto con la del perjuicio, pues, esta última no se exige; SERRANO GIL, A. (2009). “El defensor judicial”, *op. cit.*, p. 173; HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *op. cit.*, p. 211 quien, asimismo, precisa que “debe excluirse el conflicto futuro, aunque sea previsible, más no es también necesario que sean actuales las consecuencias efectivamente dañosas derivadas de la relación jurídica en oposición; en definitiva, no se deben confundir la actualidad del perjuicio con la actualidad de la oposición de intereses”.

²²⁸ Vid., sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2004 (Roj. STS 4650/2004; ECLI:ES:TS:2004:4650); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 20 de diciembre de 2004 (AC 2005,255).

²²⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017,4760). Asimismo, vid., SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2019). “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses”. En: S. De Salas Murillo y M.ª V. Mayor Del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: tirant lo blanch, p. 282.

²³⁰ BADOSA COLL, F. (1986). “Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil”, *Comentario a la reforma de la nacionalidad y la tutela*, vol. I, Madrid: Tecnos, p. 257.

²³¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2002 (RJ 2002,6426) en el que se señala que, “no se da en el caso contraposición de intereses entre la hija menor y sus padres, sino al contrario sustancial coincidencia en que se declare la validez y eficacia de las donaciones realizadas por el padre a favor de su hija menor”; la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393,2004), donde manifiesta que “la situación de conflicto se ha de identificar con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses, irá en detrimento de los de los hijos (sentencia de 17 de enero (LA LEY 825,2003); y de 5 de noviembre de 2003 (LA LEY 254,2004) es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurren y que resulte admisible una defensa conjunta”. En el presente caso añade la sentencia “resulta una perfecta compatibilidad en la defensa de ambos derechos. Es evidente que la madre, al defender su usufructo ante una ejecución despachada contra los bienes usufructuados, podía defender, sin sacrificio alguno, la nuda propiedad de su hija. Los instrumentos de defensa eran los mismos, y en esa concreta situación no era necesaria la designación de un defensor judicial”; el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 26 de febrero de 2007 (LA LEY 116830,2007); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.ª, de 6 de noviembre de 2007 (LA LEY 252677,2007) en la que se precisa que “obvio es que el mero hecho de que los intereses de los padres e hijos menores sean distintos no implica que ineluctablemente sean antagónicos, opuestos o contradictorios, sino que habrá que estarse a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su concurrencia, habiendo precisado el Tribunal Supremo que, la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa de los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de sus hijos (SSTS 17-1 y 5-11-2003)”.

²³² HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *op. cit.*, pp. 210-211; en igual sentido, MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). “Comentario al antiguo

artículo 163 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1094; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). “El defensor judicial”, *op. cit.*, p. 199 quien añade que “de otro modo, la inmensa mayoría de las veces, el padre se vería imposibilitado para ejercer las acciones correspondientes al hijo”.

²³³ FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, p. 63.

²³⁴ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). “El defensor judicial”, *op. cit.*, p. 199.

²³⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de octubre de 1993 (AC 1993,2149); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 7 de junio de 2002 (JUR 2002,259373); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.^a, de 16 de julio de 2002 (LA LEY 133815,2002); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 9 de julio de 2008 (LA LEY 331180/2008).

Por su parte, precisa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.^a, de 15 de abril de 2002 (LA LEY 73256,2002); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.^a, de 13 de febrero de 2007 (JUR 2007,254619) que se nombra defensor judicial respecto del conflicto de intereses de los padres con los hijos menores de edad emancipados o no, y los incapacitados, no cuando se plantea con hijos mayores de edad. En este sentido, vid., asimismo, la RDGNN de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010,3631).

²³⁶ HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *op. cit.*, pp. 217-221; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 157-158; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.^a (1982). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 561. En igual sentido, se pronunció la RDGRN de 19 de septiembre de 1929 (*Jurisprudencia Civil*, en la RGLJ, T. 190, Madrid 1931, número 96, p. 529) al declarar que, siendo el padre heredero fiduciario de la mitad de la finca adjudicada con prohibición de enajenar, y fideicomisarios los hijos que él pueda tener, no puede estar éstos representados por él.

²³⁷ MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1097; FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, p. 89.

²³⁸ MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). “Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1096; FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, p. 93.

²³⁹ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 8 de mayo de 2000 (LA LEY 94186,2000); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.^a, de 16 de julio de 2001 (LA LEY 143957,2001); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.^a, de 3 de junio de 2002 (LA LEY 105006,2002); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, de 8 de mayo de 2009 (LA LEY 93015,2009).

Por su parte, el artículo 222-29 del Código Civil catalán señala que: “*Si sólo existe un tutor o si el conflicto de intereses también existe con relación a la persona que debería sustituirlo, la autoridad judicial debe nombrar a un defensor judicial*”.

²⁴⁰ Sin embargo, el artículo 222-29 del Código Civil catalán dispone que: “*En caso de conflicto de intereses con el tutelado, si existen dos tutores o un tutor y un administrador patrimonial, la persona afectada es sustituida por la otra*”.

²⁴¹ MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.*, p. 173.

²⁴² RJ 1987,368. Vid., asimismo, en relación con la partición, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 5 de marzo de 1998 (AC 1998,5153); y el Auto de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.^a, de 9 de junio de 2003 (LA LEY 102192,2003).

²⁴³ RJ 1995,3238. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2011 (RJ 2011,4400); y, de 18 de octubre de 2012 (RJ 2012,9722); y, las RDGRN de 25 de abril de 2001 (RJ 2002,2868); y de 15 de mayo de 2002 (RJ 2002,8572).

²⁴⁴ RJ 1995,1329 y RJ 2003,6277.

²⁴⁵ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.^a, de 19 de julio de 2004 (LA LEY 170522,2004); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 4.^a, de 18 de septiembre de 2008 (JUR 2008,70273), también en un supuesto de aceptación y adjudicación de la herencia causada.

²⁴⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.^a, de 13 de mayo de 2022 (Roj. SAP C 1270/2022; ECLI:ES:APC:2022:1270).

²⁴⁷ RJ 1996,2175.

²⁴⁸ RJ 2017,1880.

²⁴⁹ JUR 2007,314332.

²⁵⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2011 (RJ 2011,4400).

²⁵¹ Vid., las RDGRN de 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013,716) manifiesta al respecto que “la opción derivada de la cautela socini implica conflicto de intereses entre la madre representante y la hija incapacitada a la que representa, ya que no es lo mismo que dicha hija incapacitada reciba unos bienes inmuebles libres de todo gravamen como exige la Ley respecto a la atribución de la legítima, que los reciba en nuda propiedad, aunque se señale una mayor cuantía de los bienes adjudicados a la misma, pues el resultado de la opción ejercitada en representación de la incapacitada es que ésta recibe su participación en el inmueble gravada por el usufructo universal a favor de la madre representante, cuando aplicando las normas de libertad de porción legitimaria, se hubiera podido plantear también la opción alternativa de recibir los bienes que les correspondieran por legítima en pleno dominio y por tanto, excluidos del usufructo a favor de la representante. Por lo que, producida esta situación de conflictos de intereses, no corresponde a la representante decidir acerca de tal opción, ni cabe entrar, a efectos de inscripción, en el valor dado a los bienes ni en la clase y cuantía de los que se han adjudicado a la legitimaria, pues, la decisión en estos casos de conflictos de intereses corresponde al defensor judicial, que es el que se encuentra en posición objetiva de imparcialidad con los requisitos del artículo 1060 del Código Civil; y, de 5 de febrero de 2015 (RJ 2015,2313) que dispone que “en el presente caso, la opción compensatoria de legítima establecida en el artículo 820.3 del Código Civil, o cautela socini, según es configurada doctrinal y jurisprudencialmente y fue ordenada por la testadora en su testamento, implica la adopción de una decisión por el viudo, que aunque pueda entenderse adecuada para los intervinientes, lo cierto es que supone una elección por parte de la legitimaria en relación a la posición del viudo respecto de los bienes gravados por la legítima del incapaz. Así considerando, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante de la incapaz junto a la hermana, capaz, que no renunció a la herencia, sino que exige, conforme a lo establecido en el artículo 163 del Código Civil, del nombramiento de un defensor, con posterior sometimiento a lo que establezca el juez en su decisión, sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial.

²⁵² LA LEY 15417,1996.

²⁵³ LA LEY 120312,2001.

²⁵⁴ JUR 2000,193241.

²⁵⁵ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 29 de noviembre de 1999 (AC 1999,2460).

²⁵⁶ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 1909; y, las Resoluciones de la DGRN de 29 de diciembre de 1922; de 15 de mayo de 2002 (RJ 2002,8572) en las que al ser la madre usufructuaria y los hijos menores nudos propietarios se requiere el nombramiento de un defensor que represente a los menores en el acto particional; y, de 2 de junio de 2010 (RJ 2010,2634)

²⁵⁷ Vid., las RDGRN, de 14 de marzo de 1991 (RJ 1991,2540); y, de 3 de abril de 1995 (RJ 1995,3238) partición parcial de herencia y adjudicación de bien presuntivamente ganancial en la proporción de una mitad indivisa a la madre-viuda y de la otra mitad a ella y a sus dos hijos en usufructo y propiedad en la misma proporción que les corresponde en la herencia del causante. Existencia de conflicto de intereses por posible disminución de la cuota hereditaria de los hijos, si se llegara a demostrar el carácter privativo del precio pagado por el causante en la adquisición del bien adjudicado. Limitación de la futura partición de los restantes bienes relictos por la adquisición parcial realizada.

²⁵⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1997 (RJ 1997,4605); de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002,9484); de 17 de enero de 2003 (RJ 2003,433); de 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132,2003); de 30 de junio de 2004 (LA LEY 13302,2004); y, de 9 de julio de 2004 (RJ 2004,5246). Asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid,

secc. 24.^a, de 29 de enero de 2004 (LA LEY 25299,2004); la sentencia de la Audiencia Provincial Badajoz, secc. 2.^a, de 11 de mayo de 2004 (LA LEY 111153,2004); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 9 de junio de 2004 (LA LEY 136258,2004); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.^a, de 21 de junio de 2004 (LA LEY 146422,2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 7 de noviembre de 2006 (JUR 2007,84812); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 18 de noviembre de 2008 (LA LEY 252137,2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.^a, de 16 de diciembre de 2008 (LA LEY 282040,2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 19 de enero de 2009 (LA LEY 23899,2009); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 28 de abril de 2009 (LA LEY 252954,2009); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 2 de octubre de 2009 (LA LEY 259013,2009); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, de 9 de mayo de 2022 (LA LEY 158071,2022); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 13 de junio de 2022 (LA LEY 177266,2022).

²⁵⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1981 (RJ 1981,3076).

²⁶⁰ Vid., la Resolución de la DGRN de 27 de enero de 1987 (RJ 1987,368).

²⁶¹ Vid., las Resoluciones de la DGRN de 27 de enero de 1987 (RJ 1987/368); de 10 de enero de 1994 (RJ 1994,234) se adjudican íntegramente todos los bienes que la forman al menor representado por su madre; de 6 de febrero de 1995 (RJ 1995,1329); de 6 de noviembre de 1998 (RJ 1998,8490), de 6 de noviembre de 2002 (RJ 2003,444); y, de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003,6277).

²⁶² Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1981 (RJ 1981,3037); de 16 de julio de 1999 (RJ 1999,6353); y, de 23 de octubre de 2003 (RJ 2003,7407).

²⁶³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2002 (RJ 2002,6426) coincidencia es que, se declare la validez y eficacia de las donaciones realizadas por el padre a favor de su hija menor.

²⁶⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 (RJ 2012,6700).

²⁶⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.^a, de 13 de mayo de 2022 (LA LEY 137399,2022).

²⁶⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017,4760).

²⁶⁷ Vid., la Resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2015 (RJ 2015,6507).

²⁶⁸ Vid., la Resolución de la DGRN de 16 de marzo de 2016 (RJ 2016,1350).

