

## **DIFERENCIAS ENTRE PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA**

La patria potestad surge como consecuencia de la filiación – ya sea ésta biológica o adoptiva – y corresponde su titularidad a ambos progenitores, ya que nuestro sistema legal así lo establece.

Ahora bien, **¿Qué se entiende por patria potestad? ¿Qué significa ser titular de la patria potestad?**

La patria potestad puede definirse como **“... el conjunto de facultades y deberes que corresponden a los padres para el cumplimiento de su función de asistencia, educación y cuidado de sus hijos menores” (M<sup>a</sup> Begoña Fernández González.) o como el “...poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos (O’Callaghan Muñoz)**

Es decir, que la patria potestad comprende una doble vertiente de derechos y de obligaciones, los cuales deben conjugarse para procurar el beneficio de los menores sometidos a dicha potestad, y ello debe tenerse muy presente dado que existe una creencia generalizada de que el ejercicio de la patria potestad es una prerrogativa de los progenitores (por la que, a menudo, se pleitea en los Tribunales) cuando lo cierto es que, como todo derecho, lleva aparejado el cumplimiento de una serie de obligaciones, obligaciones que, en este caso, van dirigidas a proporcionar al menor sometido a potestad aquellos cuidados físicos, materiales y emocionales necesarios para conseguir un desarrollo equilibrado y ajustado; por tanto entre estos deberes nos encontramos con que los progenitores deben alimentar, educar, cuidar, convivir, respetar, administrar los bienes de los hijos sometidos a patria potestad, etc, etc., de ahí que la patria potestad se configure como un derecho-deber.

La posibilidad del ejercicio conjunto de patria potestad existe en nuestro ordenamiento tan solo desde el año 1981, fecha en que se aprobó la llamada “Ley de Divorcio”, pues con anterioridad a dicha reforma del Código Civil, el ejercicio de la patria potestad correspondía tan solo al padre, el cual era el único titular, “permitiendo” a la madre, en defecto del padre, una responsabilidad residual en el ejercicio de la patria potestad. Ello significa que, salvo excepciones que ahora analizaremos, ambos progenitores tienen que actuar de común acuerdo en el ejercicio de dicho derecho-deber.

## Diferencias entre Patria Potestad y Guarda y Custodia

Las excepciones a la regla general del ejercicio conjunto de la patria potestad tienen lugar en aquellos casos en que se produzca un desacuerdo de los progenitores cotitulares de la patria potestad en relación con su ejercicio y nuestro Código Civil contempla las soluciones siguientes :

- a)** Si se trata de un desacuerdo puntual, sobre un asunto concreto, tras oír a los padres y al hijo, menor de edad y mayor de 12 años, el Juez atribuirá la facultad de decisión a uno de los progenitores (artículo 156.2º Código Civil).
- b)** Si se trata de un desacuerdo que alcance a varios asuntos o se produzcan los desacuerdos de forma reiterada, el Tribunal podrá optar por una de estas tres soluciones, que se adoptarán por un plazo no superior a dos años (artículo 156.2º párrafo, segundo inciso Código Civil)

1. Atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores.
2. Atribución parcial del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, para aquellos supuestos conflictivos.
3. Distribución de funciones entre ambos cotitulares de la patria potestad para que, cada uno de ellos, tome las decisiones en el área que le haya sido atribuida.

Amen de lo anterior y a pesar de que, como hemos visto, la titularidad de la patria potestad se configura en nuestro ordenamiento de forma conjunta, existen supuestos en los que la titularidad es unipersonal, es decir, viene atribuida de forma exclusiva a uno u otro progenitor y es en los siguientes casos :

- a)** Cuando uno de los progenitores haya sido declarado fallecido, o incapaz.
- b)** Cuando la filiación se haya determinado por Sentencia firme contra la oposición de uno de los progenitores.
- c)** Cuando uno de los progenitores haya sido privado de su potestad sobre los hijos, por Sentencia fundada en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.
- d)** En casos de urgente necesidad.
- e)** En aquellos casos en que no exista convivencia de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por aquel progenitor con quien conviva el o la menor.

En la práctica de nuestros Tribunales, y en los supuestos de Separación, Nulidad o Divorcio, salvo que exista causa grave, se otorga a ambos progenitores el ejercicio conjunto de la patria potestad.

## Diferencias entre Patria Potestad y Guarda y Custodia

Ya hemos visto al hablar de los derechos-deberes que integran la patria potestad que uno de ellos es el deber de guardar y convivir con los hijos sometidos a patria potestad y por tanto cuando se produce la ruptura es cuando ese deber de convivencia y de guarda cobra vida de forma autónoma e independiente, ya que se disocia de la patria potestad, al atribuirse a uno de los progenitores la guarda de los hijos e hijas menores, produciéndose, en la práctica, en muchos casos, una identificación/confusión entre las funciones de custodia y la patria potestad por asumir el progenitor cuidador todas aquellas responsabilidades dimanantes del ejercicio de la patria potestad.

Nuestra legislación, que no define el contenido de la guarda y que se limita a referirse a ella en distintos preceptos legales y con distintos vocablos (“cuidado y educación de los hijos” – artículos 90 y 92 del Código Civil; “con cual de los cónyuges han de quedar los sujetos a patria potestad” – artículo 103 del Código Civil...), sí que diferencia claramente entre patria potestad y guarda y custodia (vid artículo 156 del Código Civil), entendiendo la primera como la responsabilidad general en la toma de decisiones que afectan a los menores, mientras que la segunda tiene un contenido más inmediato de cuidado y atención de los menores, y manteniendo en el supuesto de ruptura una diferenciación entre ambos derechos–deberes, atribuyendo a uno de los progenitores el cuidado y atención de los hijos e hijas comunes y estableciendo un ejercicio conjunto de la patria potestad.

Por tanto podríamos definir la facultad de “guarda” como una facultad “doméstica” en el sentido de que comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario, es decir, alimentación, cuidado inmediato, imposición de normas de disciplina, consuelo, estudio, etc, etc..., Y esta facultad de guarda se comparte entre ambos progenitores, en los tiempos de convivencia en que los hijos e hijas comunes, permanecen con cada uno de ellos.

En consecuencia caerían dentro de la órbita de las funciones de patria potestad todas aquellas decisiones de especial relevancia que acontezcan en la vida del menor , que deberán ser asumidas de forma conjunta por ambos progenitores, tales como orientación en los estudios, decisiones dentro del ámbito de la salud, orientación religiosa, cambios de lugar de residencia, de colegios, etc..., puntos sobre los que los progenitores deberán dialogar y ponerse de acuerdo, aún en los supuestos de ruptura de la convivencia, con la finalidad de lograr una educación serena y equilibrada de sus hijos e hijas.

**Madrid, Febrero de 2009**