



Trabajo Fin de Grado

**LA PRIVACION DE LA PATRIA
POTESTAD:**

Análisis jurisprudencial

Presentado por:

Cristina Cobo Bru

Tutor/a:

Juan Manuel Badenas Carpio

Grado en Derecho

Curso académico 2014/15

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	4
--------------------------	----------

CAPÍTULO I

MARCO GENERAL

1.	La patria potestad y contenido	6
1.1.	La patria potestad como concepto	6
1.2.	El principio favor filii.....	6
1.3.	Fijación del interés del menor.....	9
1.4.	Determinación del interés del menor judicialmente.....	10
1.5.	Elementos personales de la patria potestad.....	11
1.6.	Efectos de la patria potestad	13
2.	Ejercicio y titularidad de la patria potestad.....	14
2.1.	Titularidad de la patria potestad	14
2.2.	Ejercicio de la patria potestad	15
2.3.	Diferencias entre Titularidad y Ejercicio de la patria potestad....	15
2.4.	Alteración de la patria potestad	16

CAPÍTULO II

EXCLUSIÓN Y PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD

1.	Extinción de la patria potestad	19
2.	Nociones legales de la privación y la exclusión de la patria potestad.....	21
3.	Diferencias conceptuales entre las instituciones de exclusión y privación	22
4.	Análisis jurisprudencial del art. 170 cc	23

CAPÍTULO III

LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

1.	Supuestos de privación de la patria potestad	27
2.	La privación por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.....	27
2.1	Abandono del menor	31
2.2	El acogimiento de menores previsto en la L.O. 1/1996.....	33
3	Privación de la patria potestad de los padres por sentencia recaída en causa criminal.....	36
4	Privación de la patria potestad de los padres en el proceso matrimonial	40
4.1	Situaciones en las que se aplica la privación de la patria potestad.....	41
CONCLUSIONES.....		44
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE LA JURISPRUDENCIA.....		47
BIBLIOGRAFÍA		50
SUMMARY OF THE PROJECT		53

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
AAAP	Auto de la Audiencia Provincial
Arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Cit.	Obra citada
CNUDN	Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas
CP	Código Penal
Ed.	Editorial
L	Ley
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 enero)
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TFG	Trabajo de Fin de Grado
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de Fin de Grado vamos a abordar el tema de la Privación de la Patria Potestad, para ello comenzaremos tratando desde un punto de vista genérico el concepto de Patria Potestad para, posteriormente, adentrarnos en un estudio más minucioso sobre los supuestos de exclusión y privación de la Patria Potestad. Asimismo se analiza la cuestión más relevante en este proceso, nos referimos al interés del menor, que se conforma como elemento fundamental en la institución de la privación de la patria potestad.

Hemos escogido “La privación de la patria potestad” básicamente por considerarlo como un tema de actualidad candente, que genera importantes controversias en su aplicación y en el que, al margen del interés del menor como elemento fundamental sobre el que debe pivotar cualquier decisión adoptada, surgen diariamente innumerables elementos externos (asociaciones, partidos políticos, etc.) que se están conformando como verdaderos elementos generadores de opinión, en un tema que sin duda afecta a uno de los pilares de nuestra sociedad, nos estamos refiriendo a la familia y a la convivencia entre sus miembros. A todo ello, hay que añadir la situación que se genera en nuestro país al contar con la peculiaridad que supone el hecho que una serie de Comunidades Autónomas cuenten con Derecho Civil propio.

El trabajo cuenta con una estructura dividida en tres capítulos. Un primer capítulo introductorio que contempla el marco general de la patria potestad, desarrollando el concepto propio, elementos, y efectos de la misma. Además de ello, referimos también al ejercicio y la titularidad de la patria potestad, haciendo hincapié en las diferencias entre ambas.

A continuación, un segundo capítulo que se adentra en los supuestos propios de la exclusión y la privación de la patria potestad. En el mentado capítulo haremos referencia a las principales diferencias entre ambos conceptos, y analizaremos jurisprudencialmente el art. 170 del Código Civil, que dispone los supuestos por los que procede la privación total o parcial de la patria potestad.

Por último, el tercer capítulo recoge en toda su extensión la institución de la privación de la patria potestad, desarrollando los tres supuestos principales por los que se da dicha privación. En el primer supuesto contemplamos la privación que resulta por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad,

adentrándonos también en el tema que abarca el abandono del menor y, consecuentemente, el acogimiento de menores previsto en la Ley, íntimamente ligados al mentado supuesto, el segundo supuesto es el consistente en la privación por sentencia recaída en causa criminal, y por último por sentencia dictada en el proceso matrimonial.

La metodología que hemos seguido ha sido la consistente en un estudio doctrinal, jurisprudencial, haciendo especial mención en cada apartado a las sentencias de los distintos tribunales que han aclarado los temas más controvertidos, principalmente las Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo, y por último legislativo, empleando como fuente principal el Código Civil por limitación de espacio. Además referiremos al Código Penal para acompañar al tercer epígrafe del capítulo tercero, el cual comprende la privación de la patria potestad por sentencia dictada en un proceso penal.

En cuanto a las fuentes y material utilizado, fundamentalmente nos hemos apoyado en el Código Civil, en distintas leyes y jurisprudencia, bases de datos jurídicas (Westlaw, Tirant Online, Iustel, CENDOJ, BOE), información recabada de diversas páginas web, así como en diversas revistas y textos jurídicos.

CAPITULO I

MARCO GENERAL

1. LA PATRIA POTESTAD Y CONTENIDO

1.1 La patria potestad como concepto

Desde la perspectiva jurídica, el término patria potestad es un acervo de derechos que la ley atribuye a los padres sobre las personas de sus hijos no emancipados y sobre sus bienes, además también incluye un cúmulo de deberes que son de obligado cumplimiento para los padres en relación a los hijos.

Según XAVIER O'CALLAGHAN la patria potestad es "*un efecto de la filiación, un sistema de protección, cuidado, asistencia física y moral y educación y un medio de suplir la incapacidad del hijo*".¹

En efecto la patria potestad implica que durante la minoría de edad de los hijos, los progenitores responden de una serie de deberes y obligaciones respecto a éstos. Para el cumplimiento de los precitados deberes la ley otorga facultades a los padres sobre los menores y, al conjunto de estas facultades, se les llama patria potestad. Este poder atribuye al progenitor el status de representante legal del hijo y aparece constituido por una doble vertiente, por un lado personal y por otro lado patrimonial.

Ha sufrido una constante evolución que ha permitido modificar su carácter jurídico, ya que comenzó en el derecho romano siendo un derecho total y absoluto de la figura del padre, y ha terminado configurándose como un grupo de derechos y deberes, cuya titularidad recae sobre los padres, de obligado cumplimiento por la ley.

1.2. El principio *favor filii*

El ejercicio de la patria potestad ha de ser realizado siempre teniendo presente el beneficio de los hijos, que se conoce como principio *favor filii*. Dicho principio se ha consagrado como un principio general y universal dentro del ámbito jurídico de la familia, y consiste en el la supremacía del interés del menor y su protección.

La primera ley en recoger este principio informador es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (L.O. 1/1996 en adelante), la cual en su

¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Compendio de Derecho Civil Tomo IV, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 241.

artículo 2 dispone que en caso de concurrir varios intereses, siempre primará el interés superior del menor².

La Legislación Internacional también hace referencia a la superioridad del interés del menor remitiéndonos a La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CNUDN), la cual recoge en el apartado 1º del artículo 3 el principio general y universal del superior interés del menor, el cual debe primar también en las medidas que las instituciones, independientemente de que sean públicas o privadas, tomen en relación a los menores³.

Es un deber del Estado el garantizar que el niño esté protegido y cuidado en aquellos casos en los que los progenitores o cualquier otro representante, no gozan de la capacidad suficiente para ejercitar dicha protección. Así lo refiere la legislación ordinaria, por ejemplo en el art. 11 de L.O. 1/1996, que consagra los principios que rigen la acción administrativa, y en este sentido en su primer apartado queda plasmado el deber de las Administraciones públicas a proporcionar una correcta asistencia a los menores para su desarrollo.

Además en el apartado 2º del mismo art. 11 se concretan los principios que rigen la intervención y ejercicio de las administraciones públicas, entre los cuales destacamos el apartado a) que recoge *“la supremacía del interés del menor”*⁴.

Por otro lado se considera relevante que el derecho de los padres de la patria potestad no es un derecho total y absoluto, ya que se puede limitar e incluso extinguir. Este derecho o facultad de la patria potestad queda configurado por una doble vertiente consistente por un lado en un derecho y, por otro lado en un deber, ambos

² El Art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor dice, “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

³ Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. *“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”*.

⁴ Según el art. 11.2 de la L.O. 1/1996, *“serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a)La supremacía del interés del menor, b)El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, c)Su integración familiar y social, d)La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal, e)Sensibilizar a la población ante situaciones de indefensión del menor, f)Promover la participación y la solidaridad social, g)La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas.*

pertenecientes a los padres. Esta facultad es cada vez más relevante, con lo cual los poderes públicos intervienen cada vez de forma más reiterada para el ejercicio de controles públicos.

En conclusión, la patria potestad constituye el conjunto de funciones de carácter parental consistentes en el cuidado y protección del menor, pero además en promover el desarrollo de su personalidad. Como FRANCISCO RIVERO dice *“el interés del menor consiste en adquirir progresivamente mayor autonomía y una identidad de adulto que le habilite para ejercer él directamente derechos y libertades indeclinables”*⁵.

También importante reseñar que el contenido del principio de interés del menor no es un contenido generalizable y aplicable a todos los menores por igual, se deberá atender a las circunstancias personales del menor, entorno familiar, aspecto socio-cultural, etc.

Igualmente cabe resaltar el art. 160 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC en adelante) que expone que las relaciones o vínculos que mantenga el hijo con sus abuelos u otros familiares no podrán ser impedidos sin alegar una causa justificada. Asimismo encontramos abundante jurisprudencia en materia de separación y divorcio en la que se considera básica o elemental la función de los abuelos en el día a día de los hijos. En materia de relaciones familiares de los nietos y abuelos se introdujo la reforma por 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 (L. 42/2003 en adelante)⁶.

Es ejemplo de ello la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de fecha 19 de julio, en la que podemos contemplar como hace referencia *“al derecho a relacionarse y comunicarse los hijos con los padres u otros parientes”*, ya que es una función beneficiosa para los menores en la cual prima siempre su interés, y además la relación con sus parientes más cercanos garantiza la instrucción y desarrollo de los menores en relación a su personalidad.⁷

⁵ RIVERO HERNANDEZ, F., El interés del menor, Dykinson, Madrid, 2000, p. 42.

⁶ 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. Publicado por BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003, páginas 41421 a 41422 (2 págs.).

⁷ Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª), sentencia núm. 320/2011, de 19 de julio de 2011. (JUR. 2011\308396). Ponente: Illmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo. Podemos encontrar más sentencias que hagan referencia al papel de los abuelos en el desarrollo de los menores, por ejemplo la SAP Madrid (Sección 24ª), de 30 de junio de 2011, Ponente: Illma.

Por otro lado la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia es interesante en relación al tema, ya que resuelve el recurso interpuesto contra una sentencia que dispone el régimen de visitas de los abuelos. En primer lugar el Juzgado de Primera Instancia nº3 de Segovia estima la denuncia presentada y dispone que la abuela materna efectúe una visita a los menores un domingo de cada mes con la finalidad de que pueda pasar tiempo con sus nietos. La misma recurre la sentencia solicitando señalar parcialmente las visitas con sus nietos. Se impugna la resolución, en primer lugar porque la Sala de la Audiencia Provincial de Segovia *“considera que la relación de los menores con su familia amplia siempre es un elemento beneficioso para su desarrollo armónico en la sociedad”*, pero por otro lado entiende que *“no es lo mismo las visitas de los abuelos cuando el progenitor hijo de los mismos ejerce la custodia, tiene la patria potestad pero no la custodia, ha perdido aquella por cualquier motivo o tiene restringidos su derecho de visitas”*.

En este caso estamos ante una madre la cual no dispone de la custodia de sus hijos y solo puede verlos mediante el régimen de visitas limitado –debido a un maltrato y un mal estado que proporcionó a sus hijos-. Asimismo, no consta en el recurso ninguna referencia a una mala relación entre la abuela y la madre de los menores. De existir esa mala relación podría entenderse que la abuela no puede pasar tiempo con sus nietos porque la madre no se lo permite y el recurso estaría justificado.

En conclusión la Audiencia Provincial de Segovia desestima el recurso ratificando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº3 de la misma ciudad.⁸

1.3 Fijación del interés del menor

Para la finalización de este proyecto, es considerable referenciar, de forma no muy extensa, el interés del menor, que constituye el fundamento de la institución de la privación de la patria potestad, por lo tanto la base de este trabajo.

Este interés del menor es un principio de naturaleza universal fijado por la legislación internacional, y adaptado después a las legislaciones de cada país en particular. El propio menor, también puede participar en la fijación de su propio interés dependiendo siempre del nivel de desarrollo psíquico que ostente.

Sra. María José de la Vega LLanes (JUR 2011\310134); la SAP Gijón (Sección 7ª), de 19 de julio de 2011, Ponente: Illmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente (JUR 2011\317086).

⁸Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª), sentencia núm.153/2014 de 14 de octubre. (JUR 2015\7918). Ponente: Illmo. Sr. D. Ignacio Pando Echevarría.

Por otra parte, elemento esencial para determinar también el interés del menor son los progenitores del mismo, que participarán limitados por el respeto a la identidad y el carácter del menor. El respeto a la personalidad del hijo hace referencia a que dicha personalidad o carácter ha de crecer en un ambiente libre y en el cual el menor tenga la posibilidad de elegir determinados valores y opciones fundamentales para su vida.

1.4 Determinación del interés del menor judicialmente

En el ámbito judicial, es el Juez la persona competente para determinar el interés del menor, es quien tiene el concluyente y determinante juicio respecto al menor.

Le corresponde la determinación más complicada, ya que condiciona el bienestar del menor, su educación, su desarrollo, etc. Ha de saber elegir lo más beneficioso para el niño.

Para poder determinar la decisión, el Juez debe valorar una serie de criterios, los cuales explica RIVERO HERNÁNDEZ, y dice que en cuanto a la valoración concerniente al interés del niño, el Juez competente no puede dejarse llevar por sus principios o por sus *convicciones ideológicas, sociales o jurídicas*, implica esto que deberá ser lo más objetivo que pueda en toda decisión que refiera al menor.

Por otra parte el interés del menor integra el desarrollo del mismo, como hemos mencionado antes, su bienestar y su felicidad, por lo tanto el Juez no sólo debe “*hacer una aplicación jurídico-formal de la protección de sus derechos fundamentales*”, deberá ir más allá teniendo en cuenta la importante carga que conlleva la decisión en la relación entre el menor y sus progenitores, pudiéndose estos últimos verse privados de la patria potestad sobre el hijo, decisión que conllevaría un importante cambio en la vida del menor psicológicamente.

Por último refiere el mentado autor, que no puede ser una decisión tomada arbitrariamente, el Juez debe hacer una valoración prudente entre los hechos que llevan a la situación en la que nos encontramos de toma de decisiones judiciales, la estimación de lo que resulte más conveniente para el niño y, en todo caso, el futuro del mismo.⁹

Por todo lo anteriormente mentado, una toma de decisiones arbitraria o disconforme a las normas sería siempre revisable por un órgano jerárquicamente superior, ya que

⁹ RIVERO HERNANDEZ, F., El interés del menor...cit., páginas 239-241.

existe un enorme control en relación al tema del interés del menor que, en síntesis, ha de prevalecer siempre.

1.5 Elementos personales de la patria potestad

En relación a los elementos personales propios de la patria potestad conviene aludir a los dos sujetos de acuerdo con el art. 154 del CC, por un lado constan los hijos sometidos a la patria potestad, y por otro lado los progenitores que ostentan la titularidad de dicha patria potestad.

La patria potestad es una función a la que tienen derecho tanto el padre como la madre, y requería el ejercicio de ambos para ser desarrollada correctamente. Ahora bien, tras la reforma que introdujo la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (L. 11/1981 en adelante) se estableció la patria potestad como una función que debe ser ejercitada por ambos progenitores¹⁰. También cabe el ejercicio de la patria potestad por uno solo de ellos, según el art. 156 del CC modificado por la reforma¹¹.

Ahora bien, en cuanto a los progenitores dice el mismo art. 156 del CC que en los casos de ausencia de capacidad de uno de los padres, fallecimiento, o bien en casos de existencia de hijo extramatrimonial sobre el cual el padre no ha sido determinado legalmente para ejercitar la patria potestad, la titularidad de esta será ejercida por uno solo de los progenitores. Por otro lado, si los padres se hubieran sometido a un proceso de separación, la patria potestad será ejercitada por el progenitor con quien el hijo viva, sin embargo el Juez podrá atribuir la patria potestad al progenitor con el que no conviva el hijo mediante solicitud motivada de dicho progenitor, recapitulando que siempre debe primar el interés superior del menor.

Un caso peculiar es el que dispone el art. 157 del CC, que prevé la situación del menor no emancipado con hijos, y dispone que llevará a cabo el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos, con la ayuda de sus progenitores, o bien en el caso de que no hayan padres mediante la asistencia de su tutor.

¹⁰ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Publicado por BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981, páginas 10725 a 10735 (11 págs.)

¹¹ Dice el art. 156 del CC: "*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 cuanto al ejercicio de la patria potestad de los padres podemos encontrar un doble ámbito, por un lado el ejercicio de la patria potestad conjuntamente por ambos progenitores, o bien el ejercicio de la patria potestad de forma individual o unipersonal por uno de los progenitores.

La Patria Potestad Conjunta implica que ambos progenitores son titulares de la patria potestad, y así lo dispone el art. 156 del CC. No obstante, se pueden plantear a este ejercicio conjunto una serie de problemas, convertidos en desacuerdos entre progenitores que ostentan la titularidad. Según XAVIER O'CALLAGHAN “*el art. 156 prevé la posibilidad de desacuerdo y da la solución distinguiendo: 1.º) el desacuerdo simple y 2.º) los desacuerdos reiterados. 1.º) El desacuerdo simple cuando se produce sobre un único asunto: lo resuelve el Juez, tras oír a los progenitores y al hijo si tuviera suficiente juicio...*”, se entiende que el menor debe ser oído siempre que sea mayor de doce años, “*2.º) es desacuerdo reiterado cuando se produce en forma repetida o constante sobre varios asuntos: también lo resuelve el Juez, pero en forma no concreta para cada uno de los casos, sino de forma estable durante el plazo que se fije, nunca superior a dos años , con una de estas tres soluciones...*”, las tres soluciones que prevé O'Callaghan son por un lado atribuir la patria potestad de forma unipersonal a uno de los padres, o bien otorgarle de forma parcial dicha patria potestad en los casos en los que hayan desavenencias entre los padres, y la tercera consiste en repartir los cometidos entre ambos progenitores¹².

Por otro lado encontramos el *Ejercicio Unipersonal de la Patria Potestad*, implica que en el caso de que uno de los progenitores no ostente la patria potestad, bien porque haya resultado privado del ejercicio de la misma, que haya fallecido, o bien se trate de un hijo extramatrimonial y la ley no le haya determinado para ejercer la patria potestad, ejercerá de forma plena la titularidad de la patria potestad el otro progenitor.

Al tenor del art. 160 del CC el progenitor que no ostente la función de la patria potestad podrá mantener un vínculo de relaciones con los hijos, con excepciones¹³.

¹² O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Compendio de Derecho Civil..., cit., p. 245,

¹³ Según el Art. 160 del CC “*Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.*”

1.6 Efectos de la patria potestad

El contenido de la patria potestad queda regulado en el Art. 154 del CC, el cual tras la reforma introducida por la L.11/1981, consagra los deberes y facultades que tienen los progenitores, entre ellos distingue el deber de *velar por los hijos*, consistente en cuidar de ellos tanto en un ámbito material como en el ámbito moral, también el deber de *tenerlos en su compañía*, es decir que exista una relación interpersonal con el menor, el deber de *alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*, es un deber particular ya que el deber de *alimentarlos* no se debe confundir con el del art. 142 que consagra la obligación de alimentos¹⁴. Este deber de alimentos del art. 154 distingue los alimentos que son propios de la patria potestad, y en el caso de que el hijo alcance la mayoría de edad será de aplicación el art. 142 del CC; por último también consagra el deber de *representarlos y administrar sus bienes*, implica que durante la minoría de edad, los progenitores son los representantes de sus hijos, y por ello son los encargados de administrar el conjuntos de bienes de sus hijos durante dicho período de tiempo.

Es reseñable en este contexto el art. 111 del CC el cual ordena la exclusión de los progenitores de ostentar la patria potestad y, en consecuencia, las funciones y derechos en relación a los hijos, a aquel progenitor que resulte *condenado por sentencia penal firme* o bien *cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición*, esto último lo podemos observar en la Sentencia de 24 de julio de la Audiencia Provincial de Murcia, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y ratifica la sentencia -nº 777/05- de 15 de junio de 2007 por la cual se entiende que el menor es hijo no matrimonial del demandado, el cual resulta privado de la patria potestad en relación al menor y se le priva de cualquier derecho que tuviera sobre el menor o sobre su patrimonio al entender que se opuso a la determinación de la filiación.¹⁵

Entre los deberes y las facultades que se les atribuye a los hijos encontramos, según el art. 155 del CC, *el deber de obedecer* a sus progenitores y de *respetarlos*, y el *deber de contribuir equitativamente, según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia* durante la convivencia.

¹⁴ Dice el art. 142 del CC “*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable...*”

¹⁵ Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), sentencia núm. 310/2008, de 24 de julio, (JUR 2008\343988), Ponente: Illmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez.

Por otro lado tienen derecho a ser escuchados, esto quiere decir que en caso de desacuerdos entre los progenitores el menor podrá dar sus opiniones y ellos deberán escucharle antes de adoptar decisiones. Este es el caso de que el menor tenga suficiente juicio, o bien que sea mayor de 12 años.

Podemos encontrar este derecho del niño a ser escuchado en la legislación internacional, como observamos en la CNUDN, la cual plasma en el art. 12 el deber de los estados miembros a asegurar que el menor se desarrolle su personalidad considerando sus opiniones, además el niño podrá ser escuchado en procedimientos que le conciernen, ya sean judiciales o administrativos.

Por otra parte, también la L.O. 1/1996 consagra en el art. 9 lo siguiente: *“1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”*.

Es en los procedimientos de familia donde este derecho adquiere máxima relevancia y nos dice el art. 770.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante), que si el procedimiento es contencioso y se considera imprescindible se escuchará y se tendrá en cuenta las opiniones de los menores o incapacitados si tuviesen el necesario juicio o hubieran alcanzado la mayoría de edad¹⁶.

2. EJERCICIO Y TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

2.1 Titularidad de la patria potestad

La Titularidad de la patria potestad es conjunta, también denominada patria potestad dual, es decir ostentan la titularidad tanto el padre como la madre y es independiente de que exista matrimonio.

Ambos progenitores ostentaran la titularidad de la patria potestad en condiciones de igualdad salvo excepciones, es decir, situaciones en las que lo determine la jurisprudencia. Los padres, además, tienen el deber de realizar actos de común acuerdo, aunque podemos observar excepciones que se dan en los casos de desacuerdo entre progenitores.

¹⁶ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, P., (2014). El derecho del menor a ser oído en un procedimiento judicial. *EL JURISTA*. Recuperado de <http://www.eljurista.eu/2014/02/10/el-derecho-del-menor-a-ser-oido-en-un-procedimiento-judicial/>.

Se entiende que la titularidad implica un poder otorgado por la Ley que contiene derechos y obligaciones atribuidos a los progenitores, y en una situación en la que progenitores e hijos conviven de forma normal, los padres tienen la titularidad indiscutible de la patria potestad.

2.2. Ejercicio de la patria potestad

Cosa diferente a la titularidad es el ejercicio de la patria potestad y de forma común es llevado a cabo por ambos progenitores conjuntamente, bien puede darse la situación en la que los padres conciertan adoptar los mismos acuerdos, o bien puede darse la situación en la que las decisiones son escogidas por uno de los progenitores, siempre y cuando el otro progenitor consienta expresa o tácitamente –para aquellos situaciones cotidianas o de urgencia no es necesario el consentimiento-.

Al igual que la Titularidad puede verse interrumpida por desacuerdos entre progenitores, el Ejercicio conjunto de la patria potestad también. Es decir, al ejercitarse conjuntamente pueden originarse desacuerdos respecto a determinadas funciones y, en consecuencia, es necesario llegar a una solución, siempre en beneficio del menor. Dichos desacuerdos pueden ser simples, aquellos producidos sobre una cuestión concreta y resueltos por el juez después de escuchar a las dos partes, pero también pueden ser desacuerdos reiterados, implica un desacuerdo en relación a la mayoría de las cuestiones que versan sobre el menor. La circunstancia de los desacuerdos complica de forma grave el ejercicio conjunto de la patria potestad.

El ejercicio llevado a cabo de forma compartida debe ser entendido como una circunstancia que conlleva el reparto de facultades entre los progenitores, y además dicho reparto puede ser total, pero también pueden distribuirse las funciones de forma parcial.

2.3. Diferencias entre Titularidad y Ejercicio de la patria potestad

Ya hemos dejado constancia de qué implican en la teoría ambos conceptos, por lo que diferenciamos que, mientras que la titularidad es el acervo de derechos y obligaciones atribuidos a los padres por constituir una unión familiar, el ejercicio es una aptitud que contrae uno de los progenitores o ambos respectivamente por el hecho de ser padre, es decir es la práctica de las facultades connaturales de la patria potestad.

Dicho de otra forma, mientras que el Ejercicio se compone de una serie de compromisos y responsabilidades intrínsecas a la patria potestad, la Titularidad es una

especie de estado implícito, al padre se le atribuyen un conjunto de tareas, por ejemplo, la consistente en el control de su ejercicio.

Se resume en que el Ejercicio es una herramienta mediante la cual la Titularidad es de utilidad. Y sin la Titularidad, el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad consiste solo en una mera descripción utópica.

Hay concepciones que afirman que los progenitores no pueden alterar la Titularidad, en cambio el Ejercicio si puede ser desarrollado y rectificado de forma independiente por los progenitores mediante el consentimiento justificado o por sentencia. En conclusión se entiende que, la Titularidad es una aptitud que otorga la Ley y por eso no puede ser sujeto de modificaciones, sin embargo el Ejercicio puede ser consensuado en función de la circunstancia o situación en la que nos encontremos.

Respecto a la posibilidad de consensuar el Ejercicio es relevante aclarar que aunque pueda ser objeto de modificación mediante acuerdo de las partes, el ejercicio llevado a cabo conjuntamente por los progenitores fomenta el progreso y la seguridad del menor. En aquellas situaciones en las que los progenitores no consensuen un acuerdo le corresponderá al Juez decidir la distribución de funciones.

En conclusión, la patria potestad es una facultad cuya titularidad conjunta viene atribuida por Ley a los progenitores, aunque como ya hemos visto se da la posibilidad de un ejercicio unipersonal de dicha titularidad en precisas situaciones.

2.4. Alteración de la Patria Potestad

Consiste en una variación producida en el transcurso del ejercicio o la titularidad de la patria potestad y tiene lugar en función a unas causas que, en palabras de LACRUZ BERDEJO, son:

“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 (arts. 156,4º, y 169.1º), y en los desacuerdos reiterados entre los padres o concurrencia de causa que entorpezca gravemente el ejercicio conjunto (art. 156,2º).

B. Redistribución, cuando el contenido normal de la patria potestad se asignan 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 (art. 156,2), en los de separación (art. 156.5), cambio de titular de la potestad de guarda (art.158,2º), etc.

C. *Alteración, cuando el juez adopta providencias a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda (art.158,2º), o para seguridad o recaudo de los bienes de los hijos en los casos de administración paterna peligrosa (art. 167).* D. *Comunicación, cuando el hijo es adoptado en las circunstancias y condiciones previstas en el art. 178.*¹⁷

Referente a los mentados supuestos anteriores conviene resaltar la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 2 de febrero del 1999¹⁸, que resuelve un recurso de casación interpuesto contra una sentencia previa y que se explica a continuación.

El procedimiento se incoa previa denuncia interpuesta por la madre de una menor, quien solicita la reclamación de paternidad debido a que el supuesto padre se desentiende de la niña en el momento en el que ella le comunica su estado de embarazo. La madre inscribe a la menor en el Registro Civil con sus apellidos tras el nacimiento. Se interpone la demanda ante el juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Madrid, en la que la progenitora formula petición de declaración de paternidad no matrimonial de la niña para modificar, además, los datos del Registro Civil y añadir en el mismo la filiación paterna. Además en dicha demanda solicita que se excluya al demandado del ejercicio de la patria potestad y pide que le abone en concepto de pensión de alimentos la cantidad de 50.000 pesetas (300,51 euros) mensualmente.

La parte demandada en su escrito de defensa califica los hechos como no constitutivos de delito y pide la libre absolución además de la reducción de la pensión en concepto de alimentos para el caso de que quede acreditada la paternidad.

Oídas las partes, el Juez de Primera Instancia dicta Sentencia en la cual ratifica la paternidad y atribuye el ejercicio de la patria potestad a la madre en exclusiva, por otro lado fija una pensión de 30.000 pesetas mensuales (180,30 euros).

Notificada la sentencia, ambas partes interponen recurso de apelación que resuelve la Audiencia Provincial Madrid, Sección Vigésimosegunda, desestimando el recurso interpuesto por la defensa de la madre y estimando el interpuesto por la defensa del padre. Entiende la Audiencia Provincial de Madrid que no hay un desinterés u oposición a la determinación de la filiación debido a que el demandado no apeló la

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, T, IV, *Familia*, 3ª edición, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2008, pg. 408.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de fecha 2 de febrero de 1999. (TOL 2.160). Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

declaración de paternidad que declaró el Juzgado de Primera Instancia de Madrid en su sentencia.

Recibida la resolución de desestimación de recurso, la parte demandante interpone recurso de casación. La Sala Primera del Tribunal Supremo admite dicho recurso y se modifica, en primer lugar, el ejercicio tras los siguientes pronunciamientos *“siendo deseable que todo hijo disfrute de las figuras de su padre y de su madre no procede acceder a las pretensiones del actor en el pinto de privar al demandado de la patria potestad del menor”*.

De igual forma, acudiendo de nuevo al ámbito internacional, la CNUDN¹⁹ plasma en el art. 9.1 que lo idóneo para los menores es no ser apartados de los respectivos padres, contra la voluntad de los últimos, con la singularidad de que de forma legal un proceso así lo crea conveniente, siempre con el beneficio del menor por delante.

Por otra parte recoge en los arts. 18.1 y 27 que los progenitores son los principales encargados de la instrucción, enseñanza y progreso de los menores.

Deja constancia también el TS de que la parte actora no diferenció en su recurso en el momento de la solicitud entre exclusión y privación de la patria potestad, conceptos que el Código Civil distingue, por tanto es uno de los motivos por los cuales modifica la resolución precedente en relación al ejercicio.

¹⁹ La cual fue admitida por las Naciones Unidas en fecha de 20 de noviembre del año 1989. El día de 30 de noviembre de 1990 España la ratifica, y fija en el Preámbulo que la familia de procedencia es el medio o entorno lógico para que el menor evolucione y progrese.

CAPÍTULO II

EXCLUSIÓN Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

1. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Antes de adentrarnos en las diferencias propias de ambos conceptos resulta necesario hacer una breve referencia a la posibilidad de que la patria potestad finalice porque se extinga. Dicha extinción consiste en una desaparición de la patria potestad, y esta desaparición puede ser total y absoluta, o bien relativa –desaparece para solo uno de los cónyuges-, también puede desaparecer para ambos cónyuges y que recaiga sobre un tercero la continuación de la patria potestad, o bien que desaparezca la patria potestad pero se da paso a la tutela.

Las causas por las que la patria potestad se extingue vienen recogidas en el art. 169 del CC²⁰, y establece las siguientes:

-*Por la muerte o declaración de fallecimiento.* Aparece en el art. 169, apartado 1º, y recoge tanto la muerte de los padres como la de los hijos. La extinción de la patria potestad tendrá lugar en aquellas situaciones de fallecimiento de ambos cónyuges, dicha situación propiciará la constitución de la correspondiente tutela. En el caso del fallecimiento del hijo, la causa de extinción es evidente.

-La segunda causa es la consistente en *la emancipación*²¹, recogida en el art. 169,2º. También recoge la extinción de la patria potestad por la mayoría de edad alcanzada por el hijo.

-La tercera causa consiste en la extinción *por la adopción del hijo*²², art. 169,3º. Implica una modificación en la titularidad ya que la persona que ostenta la posición del adoptante adquiere la patria potestad en el momento de la adopción, asimismo los

²⁰ Materia que fue objeto de modificación por el art. 2 de Ley 11//1981 de 13 de mayo de 1981.

²¹ Resulta necesario relacionar *la emancipación* del art. 169,2º con los arts. 314 a 324 del mismo CC, que recogía las figuras de la mayoría de edad y de la emancipación y que fueron suprimidas y nuevamente redactadas en la L. 11/1981 de 13 de mayo de 1981.

²² En relación a los arts. 172 a 180 del CC, que recogen las figuras de la guarda y acogimiento de menores y la adopción de los mismos.

padres ven su patria potestad extinguida y deberán de prestar su consentimiento para que dicha adopción tenga lugar.

-La última causa de extinción es la *privación*, y consiste en la extinción de la patria potestad mediante una resolución judicial y puede ser respecto a uno de los padres o respecto a ambos.

Asimismo la extinción de la patria potestad presenta una serie de consecuencias entre las que encontramos la liquidación y la rendición de cuentas en favor del hijo, o por otra parte la entrega de los bienes que se tengan en poder.

Si bien es cierto, podemos encontrar dos situaciones en las que alcanzada la mayoría de edad el hijo sigue estando sometido a la patria potestad, se trata de la patria potestad prorrogada y de la patria potestad rehabilitada.

Ambas situaciones las podemos encontrar recogidas en el art. 171 del CC, el cual dice que la patria potestad prorrogada se da en los casos de menor de edad que ha sido incapacitado judicialmente y alcanzada la mayoría de edad automáticamente se prorroga dicha patria potestad –se prorroga por ministerio de la ley-. A este respecto el art. 171 del CC también incorpora las causas de cesación de la patria potestad prorrogada que son las siguientes:

1º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.

2º Por la adopción del hijo.

3º Por haberse declarado la cesación de incapacidad.

4º Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Por otro lado la patria potestad rehabilitada consiste en una situación en la que extinguida la patria potestad porque el hijo ya es mayor de edad, éste tiene un accidente y se le incapacita judicialmente, si el mismo sigue viviendo con los padres y es soltero el CC nos dice que se rehabilita la patria potestad.

Ejemplo de ello es la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el día 2 de julio de 2004. En primer lugar, se determina la incapacitación de la hija de padres divorciados cumplida ya la mayoría de edad.

En la resolución judicial que determina la incapacitación de la hija se acuerda, por lo tanto, la rehabilitación de la patria potestad que había cesado con el cumplimiento de la mayoría de edad. Tan solo unos días después de que la sentencia fuera notificada,

el juzgado dicta un auto que modifica la sentencia al respecto del ejercicio de la patria potestad, que atribuye a la madre. A este respecto, el progenitor interpone recurso de apelación contra el mencionado auto el cual queda declarado nulo por el Tribunal Supremo, ya que considera que no se ha escuchado al padre en el proceso.²³

En síntesis, la diferencia la encontramos en que la patria potestad prorrogada nunca ha dejado de existir, sin embargo en la rehabilitada, la patria potestad se había extinguido pero se produce una especie de renacimiento de la misma.

Tratada la figura de la extinción ya podemos inferir en otros modos de cese de la patria potestad, la privación y la exclusión.

2. NOCIONES LEGALES DE LA PRIVACIÓN Y LA EXCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Partimos del art. 111 del CC que contempla la causa inicial por la que se privaba a los padres de la patria potestad²⁴. Este artículo recoge como primera causa de exclusión la sentencia penal firme que condena a uno de los padres, o a los dos progenitores. Dice ENCARNA ROCA I TRIAS y otros que dictada la sentencia, automáticamente se produce esa sanción y se reivindica que la filiación se determine en el proceso penal. Matiza que este tipo de resolución, “*sólo cabe en los delitos contra la libertad sexual (art. 193 C.P.)*”²⁵.

La segunda causa que excluye de la patria potestad consiste en *la filiación judicialmente determinada contra su oposición*. El progenitor se opone a la determinación de la filiación del menor y esto genera sospechas ya que significa que el padre no quiere aceptar de forma voluntaria sus deberes como padre.

²³ Tribunal Supremo (Sección Primera). Sentencia núm. 683/2004, de fecha de 2 de julio de 2004. (TOL. 483.351). Ponente: Illmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

²⁴ Dispone el Art. 111 del CC: “Quedarán excluidos de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1.º. Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2.º. Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición”.

²⁵ ROCA I TRIAS, E., DE PAULA BLASCO GASCÓ, F., CLEMENTE MEORO, M., LÓPEZ Y LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V.L., PRATS ALBENTOSA, L., **et al.** Derecho de Familia. 3ª ed., Tirant lo Blanch, 1997. Núm. Epígrafe 24.16.

Al mismo tiempo, el progenitor quedará privado de la patria potestad y sus correspondientes facultades, pero por otro lado la obligación de cuidar y velar por el hijo subsiste, al igual que la prestación de alimentos.

Comporta también la pérdida de los derechos en relación a sus hijos, es decir como los llamados derechos de alimentos y los deberes propios que ostenta el hijo. Igualmente el progenitor podría perder los derechos a suceder en las respectivas herencias del hijo y descendientes –implica la extinción del derecho a legítima y la sucesión *abintestato*²⁶-.

Por último, el hijo no llevará los apellidos del progenitor excluido de la patria potestad.

Lo anteriormente expuesto se halla en concordancia con el art. 170 del CC, que hace mención a la figura de la privación de la patria potestad.²⁷

3. DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE LAS INSTITUCIONES DE EXCLUSIÓN Y PRIVACIÓN

Constatadas las bases legales, cabría apuntar las diferencias entre exclusión y privación de la patria potestad.

En primer lugar, la principal diferencia se halla en el origen de ambas, es decir, la exclusión es una privación de inicio. Comporta que el progenitor que ha sido sujeto de la exclusión, no ha llegado a ostentar ni la titularidad de la patria potestad, ni por tanto, el ejercicio de la misma.

Por otra parte, la exclusión de la patria potestad se produce de manera automática, como hemos mencionado anteriormente, implica que por ministerio de la ley el progenitor queda de inmediato excluido de las funciones y derechos respecto de sus hijos cuando se incurra en alguna de las causas recogidas en el art. 111 del CC, sin embargo la privación de la patria potestad se produce mediante una resolución judicial.

²⁶ La sucesión *ab intestato* o intestada es aquella que tiene lugar en las situaciones de fallecimiento de una persona, la cual no ha redactado un testamento antes de la muerte. Ante la ausencia de testamento es la ley la encargada de fijar quienes van a ser los herederos y su orden de sucesión: en primer lugar los descendientes, si no hubiera heredarían los ascendientes, en defectos de éstos serían los cónyuges, posteriormente colaterales, y a falta de todos los anteriores el sucesor sería el Estado.

²⁷ Recogido en el apartado 1.3. del presente estudio.

A tales efectos encontramos jurisprudencia relativa al tema. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 2 de febrero de 1999²⁸, que desestima el recurso interpuesto por la apelante por no discernir entre las figuras de extinción y de privación, ni en su demanda ni en el recurso interpuesto.

Comparto el fundamento defendido por la profesora CAROLINA DEL CARMEN CASTILLO, cuando dice que “*La exclusión conserva más claramente, que la privación propiamente dicha, la naturaleza de sanción al progenitor por cuanto que: a) El tan invocado «interés del menor» aparece objetivamente calibrado por el legislador, sin posibilidad de que el órgano judicial lo pueda valorar atendiendo a las concretas circunstancias del supuesto que, quizá alguna hipótesis, podrían conducir a considerar la no exclusión de igual modo que en ocasiones se acuerda la no privación en situaciones «objetivamente» graves...*”, hace referencia al hecho de que la exclusión de la patria potestad se produce automáticamente, sin necesidad de sentencia judicial que la determine, siempre y cuando se cumplan las causas previstas en el Art. 111 del CC.²⁹

Asimismo entendemos que la exclusión es definitiva, es inalterable, ya que no se puede reparar la causa que la propició. La exclusión es una figura que se implanta por ministerio de la ley, y en este sentido se vuelve a mencionar la sentencia de 2 de febrero de 1999 en relación a que el padre biológico del menor no admite que lo es, y que no busca despejar la incertidumbre fuera de la vía judicial, además reconoce la decisión del juez en el procedimiento.

4. ANALISIS JURISPRUDENCIAL DEL ART. 170 DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro punto de inicio es el art. 170 del CC que dice lo siguiente: “*El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*”.³⁰

Entre las modalidades de privación de la patria potestad, como bien dice el art. 170, abarcamos dos, la privación total y la parcial.

²⁸ Véase el CAPÍTULO I, apartado 2.4. “STS de 2 de febrero de 1999”, pgs. 14-15

²⁹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. del .C., La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales. 2ª edición, La Ley, 2010, pg. 128.

³⁰ Modificado por BOE 11/1981, de 13 de mayo 1981.

La privación total de la patria potestad consiste en una pérdida completa por parte del progenitor sometido a la privación, de las capacidades que conlleva la titularidad de la patria potestad³¹. Por otro lado la privación parcial únicamente limita determinadas capacidades o facultades propias a la patria potestad, por ejemplo podría darse en las situaciones en las que el tribunal considera conveniente para la seguridad del menor que se limite o se elimine el derecho de visitas del padre sobre el menor. Es una figura que se aproxima por sus efectos a la suspensión de la patria potestad.³²

Como seguimiento de esta actividad, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 18 de octubre, que resuelve un recurso interpuesto por la demandante que solicita privación total de la patria potestad y alega una infracción del art. 154.1º del CC por una desatención económica.

En dicha sentencia se declara lo siguiente: *“la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el art 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...”*.

Lo dicho anteriormente lleva al Tribunal Supremo a practicar la valoración de la prueba para comprobar si los deberes del padre han sido vulnerados. De acuerdo con la prueba practicada, el Tribunal llega a la conclusión de la inexistencia de una desatención por parte del padre sobre la hija, en consecuencia no resulta conveniente privar de la patria potestad al padre ya que no se entienden vulnerados los arts. 154 y 170 del CC. En ese sentido el recurso interpuesto por la demandante queda desestimado.³³

³¹ Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª), núm. 296/2002 de 29 de abril. (JUR 2002\168327). Ponente: Illmo. Sr. D. Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz.

³² BERROCAL LANZAROT, A.I., La Patria Potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N°723, págs. 469 a 664. Página 500.

³³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia núm. 848/1996, de 18 de octubre, (RJ 1996\7507). Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

Por otra parte, existe más jurisprudencia relativa a la interpretación de dicho art. 170 del CC. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de julio de 1996. En este caso, la doctrina habla de una apreciación restrictiva de dicho artículo.

El supuesto valorado en la mentada sentencia trata lo siguiente: Gregorio y Pilar se conocen y mantienen una unión de hecho. De esta unión nace un hijo no matrimonial, César, el cual es reconocido como hijo por Gregorio. Posteriormente ambos progenitores rompen la unión de hecho y el hijo permanece al cuidado de la madre. Dicho esto, Gregorio interpone demanda contra Pilar, solicitando que se fije la patria potestad compartida además de un régimen de visitas que le permite al padre comunicarse con César.

En el mismo momento, Pilar contesta a la demanda mediante reconvencción, asimismo solicita que Gregorio resulte privado de la patria potestad. El Juzgado de Primera Instancia considera oportuno estimar la demanda interpuesta por Gregorio, mientras que la reconvencción de Pilar es desestimada.

A raíz de los hechos, se interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por parte de la actora de la reconvencción, y la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla resuelve confirmando la sentencia del Juez de Primera Instancia. A tales efectos recurre de nuevo la madre y el Tribunal Supremo desestima el recurso e interpone el pago de las costas a la recurrente motivando lo siguiente: *“el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, deber ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma...”*.

A tales efectos, entiende el Tribunal Supremo que, en este caso nos encontramos ante una falta de prueba del incumplimiento de los deberes por parte del padre, con lo cual no procede aplicar al padre la privación de la patria potestad.³⁴

Sobre la base de las ideas expuestas, resulta de gran relevancia indicar que la interpretación o el análisis del art. 170 del CC debe ajustarse siempre a las circunstancias que prevalecen en cada situación, para poder así despejar las dudas sobre si resulta conveniente aplicarlo o no. Hoy en día, la patria potestad está

³⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia núm. 555/1996, de fecha de 6 de julio de 1996. (RJ1996\6608). Ponente: Illmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

percibida de forma notoria como una figura beneficiosa siempre para el menor, prima su interés³⁵.

En síntesis, la institución de la privación comporta la extinción, de forma exclusiva, para la persona que ejerce la patria potestad, no comporta la extinción para el hijo, siempre que se encuentre a otro sujeto que ostente la patria potestad -según SANCHO REBULLIDA y otros, puede ser íntegra o incompleta, pero siempre de inicio y naturaleza positiva³⁶-; solo así se justifica la opción que da el art. 170.2º del CC³⁷, de recuperar la patria potestad.

³⁵ REBOLLEDO VARELA, A. L., (1995), La privación de la patria potestad. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, vol. I, Pamplona. Epígrafe I. (BIB 1995\163)

³⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNANDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de Familia, vol.2º, Dykinson, 2010, pg. 268.

³⁷ Bien dice el apartado 2º del Art. 170 del CC: "*Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación*". En relación a este precepto resulta necesario aludir al Art. 92.3º del CC: "*En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello*."

CAPÍTULO III

LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

1. SUPUESTOS DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Mencionado anteriormente, la institución de la privación de la patria potestad queda recogida por el art. 170 del CC, y es necesaria una sentencia judicial para privar al progenitor de la misma, en todo caso.

Según el mismo artículo, tres son las causas por las que podemos encontrar privada la patria potestad:

-por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (recogido en el párrafo 1º, del art. 170 del CC).

-por sentencia dictada en causa criminal (párrafo 1º del art. 170 del CC).

-por sentencia dictada en causa matrimonial (párrafo 1º del art. 170, en relación al art. 92.3 del CC).

Igualmente, como también hemos mencionado en apartados anteriores, el CC dispone en el art. 111 una privación automática, por ministerio de la ley, siempre y cuando se cumplan las causas que la motivan, las cuales constan en el mencionado artículo.

2. LA PRIVACIÓN POR SENTENCIA FUNDADA EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD

La primera causa de privación de la patria potestad viene dada por sentencia firme dictada en un procedimiento *ad hoc*, es decir, un procedimiento que deviene firme. Dicha sentencia castiga una conducta llevada a cabo por uno de los progenitores, o por ambos, debido a un incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la patria potestad.

Entre los deberes que consideramos inherentes a la patria potestad referenciamos los recogidos por el art. 154 del CC en el párrafo 2º, y son los siguientes:

“1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarlos y administrar sus bienes.”

La privación de la patria potestad ha de imponerse teniendo siempre en cuenta el interés del menor como principal, además esta privación se basa en el quebrantamiento de los deberes propios de la institución.

Ahora bien, el mero hecho de incumplir las obligaciones o deberes propios de la patria potestad no resulta bastante para privar a los progenitores de la patria potestad, solo cuando la privación resulte necesaria para el beneficio e interés del menor se procederá a la privación. Queda contemplado por los arts. 92 y 170 del CC que la privación de la potestad paterna está restringida y se prevé para las situaciones más graves, y a ello hace referencia la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de fecha 2 de febrero de 1994, la cual recoge que la privación es una decisión inusual que solo se puede imponer en aquellos casos en los que exista una causa bastante para ello.

Partimos del art. 170 del CC, que dice *“el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”*.

Encontramos que la mayor parte de la jurisprudencia es contraria a aplicar la pena de privación de la patria potestad, a pesar de que el propio art. 170 da la posibilidad en el 2º párrafo, de recuperar la patria potestad: *los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”*.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 28 de septiembre de 1992, también se ratifica en lo anterior al expresar que la opción de la privación de la patria potestad conlleva una naturaleza insólita, ya que solo debe darse en condiciones exageradas en las que los menores resulten desprotegidos. En palabras de la AP de Toledo: *“no basta cualquier clase de incumplimiento sino que éste ha de ser grave, bien por la intensidad del peligro o ataque que la conducta paterna supone para los intereses del hijo, bien por su reiteración o duración en el tiempo. Pero, en todo caso, el principio normativo esencial a tener en cuenta en esta decisión judicial, como en cualquier otra que afecte a los hijos, es el beneficio o interés de los mismos, en orden a la plena satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, según señala el*

propio art. 170 párrafo segundo del CC, en relación con el art. 39 CE y los arts. 92 y 154 del citado Código.”³⁸

La privación de la potestad es considerada por gran parte de la jurisprudencia como una medida muy tajante.

Por otra parte, hay determinadas situaciones en las cuales la doctrina no tiene duda sobre la aplicación de la medida, es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 2 de diciembre de 2014, la cual estima en la resolución la privación de la patria potestad por un incumplimiento de deberes por parte del padre ya que consta como probado que desde la separación de los cónyuges, el progenitor ha incumplido de forma total sus deberes como padre en relación a sus hijos, con una duración de más de cuatro años, añadiendo que el progenitor no se ha puesto en contacto con los menores durante dichos años.

“Se acuerda atribuir a la madre Sra. Adela, el ejercicio exclusivo de la patria potestad de los menores Manuel y Inocencia, lo que supone la Privación de la Patria Potestad sobre los menores del padre demandado, facultad que podría recuperar el padre, Sr. Eloy, si transcurrido el tiempo se produce un cambio de circunstancias, dejando igualmente sin efecto el régimen de comunicaciones, estancias y visitas establecidos en la sentencia recaída en la primera instancia...”³⁹.

En relación a esta falta de relación duradera entre padre e hijo dice DEL CARMEN CASTILLO que la mayor parte de la doctrina mantiene la idea de privar la patria potestad en esas situaciones teniendo en cuenta que el inicio de esta situación se encuentre en la intención única del padre o madre.⁴⁰

La jurisprudencia es clara respecto al tema, en este sentido la Audiencia Provincial de Huelva resuelve, en fecha de 1 de julio de 1992, un supuesto en el que concurre, durante un periodo de ocho años, una falta de relación personal entre madre y menor de edad. Dice el mencionado recurso que *“Por una menor afectividad no procede privar de la patria potestad a ningún padre, pero sí cuando ella es la exteriorización de un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paternofiliales, siendo aquélla la*

³⁸ Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª), sentencia de 28 de septiembre de 1992. (AC 1992\1175). Ponente: Illmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo.

³⁹ Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª). Sentencia núm. 555/2014 de 2 de diciembre. (JUR 2015\76072) Ponente: Illmo. Sr. D. Vicente Ataulfo Ballesta Bernal.

⁴⁰ CASTILLO MARTINEZ, C. del C., La privación de la patria potestad. Criterios..., cit., pg. 190.

sanción prevista en el art. 170 del CC. Los padres están obligados, y ese es el contenido de la patria potestad, que ha de ejercitarse en interés de los hijos, a velar por ellos, teniéndolos en su compañía, alimentándolos, educándolos y procurándoles una formación integral (art. 154 CC)...”. Asimismo también plasma el recurso que cuando unos progenitores hayan pasado por un proceso de separación, siempre en beneficio de los menores, y con la finalidad de que sea posible que el menor mantenga la relación con el resto de la familia y no exclusivamente con el padre que no se encarga de la custodia, que él mismo pueda ir a visitar y comunicarse con su hijo – art. 94 del CC- quien convive con el otro progenitor. En cambio, en el supuesto de hecho dice el recurso que *“tras la separación, la recurrente no ha tenido nada más que dos contactos ocasionales, sin que la misma haya acreditado que ello fuera imputable a causas ajenas a su voluntad, aunque sí alegó las dificultades provocados por el señor T. y a haber estado enferma, sin embargo nada de ello se ha acreditado”*.

Por lo tanto falla la Audiencia Provincial de Huelva desestimando el recurso interpuesto por la madre contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Huelva, que priva de la patria potestad a la recurrente.⁴¹

Al mismo tiempo, podemos observar una sentencia peculiar referente que mantiene la misma idea que la anterior, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de fecha 21 de mayo de 1996, que resuelve recurso de apelación interpuesto por el padre. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Albacete dicta sentencia estimando la demanda interpuesta por la madre en la cual solicita que se prive de la patria potestad al padre el cual viene incumpliendo los deberes propios de la patria potestad desde el año 1992, además de no visitar a su hija desde la misma fecha aproximadamente.

El demandado interpone recurso de apelación contra la sentencia, entiende la Audiencia Provincial de Albacete que no cabe ya que *“las conductas, por su entidad, por su carácter permanente y por el largo período de tiempo durante el que se extienden, sin existencia probada de razones que las justifiquen, ya son de por sí reveladoras de una grave vulneración de los deberes inherentes a la patria potestad”*.

Además de las mentadas conductas, se descubre un documento por el cual el padre se compromete a no visitar a la menor si la denunciante desiste de su pretensión consistente en exigirle el pago de las correspondientes pensiones. Este documento según la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete *“válido sin embargo para*

⁴¹ Audiencia Provincial de Huelva, sentencia de 1 de julio de 1992. (AC 1992\1004). Ponente: Illma. Sra. Rosa María Carrasco López.

poner de manifiesto el absoluto desinterés del demandado por su hija, en cuanto que, para librarse del pago de la pensión a que viene obligado, no duda en renunciar a visitar a ésta, sin importarle los evidentes perjuicios que el impago de pensión representan para su hija y el hecho de que así, de modo definitivo, se desvincula afectiva y materialmente de la misma...”.

Esta actitud por parte del padre incrementa la peligrosidad de la situación de incumplimiento de los deberes propios a la patria potestad, motivo por el cual considera la Audiencia Provincial que la privación de la patria potestad al recurrente está más que justificada.⁴²

2.1 Abandono del menor

El abandono del menor por sus progenitores es, en su sentido más lógico, motivo suficiente de la declaración de situación de desamparo. Esta situación aparece íntimamente relacionada con el delito de abandono de familia contenido en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP en adelante), y así lo observamos en determinada jurisprudencia como la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1992.

El Tribunal Supremo desestima un recurso de casación interpuesto por el padre de una menor, condenado como autor de un delito de abandono de familia por la Audiencia. La Sala desestima el recurso al entender que *“el hoy recurrente dejó de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, probando a sus descendientes menores de la asistencia sanitaria indispensable, y todo ello a causa de una desordenada conducta.”*

Define la Sala del Tribunal Supremo la conducta del progenitor de la siguiente forma: *“desorden es todo lo contrario al orden y no cabe mayor desorden o conducta que merezca tal reproche de desordenada de la de quien, pudiendo hacerlo, deja en el más absoluto abandono a los seres por él engendrados, y total y absolutamente necesitados de su protección.”*⁴³

Entienden los Tribunales que en la actualidad, es causa suficiente para proceder a la privación de la patria potestad la conducta de abandono de un menor por parte de sus

⁴² Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª) sentencia núm. 122/1996 de 21 de mayo de 1996. (AC 1996\2491). Ponente: Illmo. Sr. D. Juan Fernando Martínez Gutiérrez

⁴³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm., 1974/1992 de 21 de septiembre. (RJ 1992\7193). Ponente: Excmo. Sr. Luis Román Puerta Luis.

padres. Relevante es, a los efectos de la privación de la patria potestad, distinguir entre el abandono del menor en un momento precedente al nacimiento del mismo, y el abandono propio después de nacido el menor de edad.

Considera la jurisprudencia que si el menor resulta abandonado incluso antes de su nacimiento por su padre, siempre es motivo bastante para ser excluido de la patria potestad, ya que su actitud muestra un claro desentendimiento sobre su hijo, en un *“tiempo en que se manifiesta por primera vez su natural desvalimiento que reclama la más primaria atención. Lo que, en definitiva, determina la integración del menor en otro núcleo familiar y el correlativo distanciamiento afectivo con su progenitor”*.⁴⁴

A ello refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 12 de febrero de 1996. Los hechos se inician con una demanda interpuesta por los abuelos maternos contra su hija y su yerno, demanda estimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Valencia, el cual dicta sentencia privando a los progenitores de la patria potestad, atribuyendo, por tanto, la tutela de la menor a los abuelos maternos, con quienes convive desde que nació..

Notificada la sentencia la progenitora de la menor interpone recurso de apelación contra la misma. Recurso que resulta desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia. La Sala justifica su resolución haciendo mención a la legislación internacional: *“Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 1989 y ratificada por España el 30 noviembre 1990, la familia es grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, y para lograr el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niños:*

- a) *Debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.*
- b) *Debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.*
- c) *«Necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento»*.(Declaración de los Derechos del Niño).

⁴⁴ CASTILLO MARTINEZ, C. del C., La privación de la patria potestad. Criterios..., cit., pg. 199.

Mantiene la Audiencia que desde el nacimiento de la menor ha estado presente la conducta de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por parte de los progenitores, ya que el papel de padres ha sido asumido por los abuelos íntegramente.⁴⁵

Por otra parte, también encontramos jurisprudencia que se pronuncia en materia de abandono de menores después del nacimiento de los mismos.

Es el caso que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de León, 29 de noviembre de 1995. En el supuesto el padre resulta privado de la patria potestad por sentencia, tras quebrantar los deberes propios a la misma. Tras la muerte de la progenitora de la menor, el progenitor decide abandonar a su hija de tan solo 4 años, acogiéndola las hermanas de la fallecida de forma temporal, y siendo la abuela materna la que finalmente se encargue de ella. Durante años, el padre no ha acudido al lugar donde residía la menor ni ha intentado ningún tipo de comunicación con la misma, motivo por el cual la sala decide privar.⁴⁶

2.2 El Acogimiento de menores previsto en la LO 1/1996, de 15 de enero

Como podemos observar el Art. 172.1 del CC recoge la institución del desamparo del menor, y dice *“se considera como situación del desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*.⁴⁷

Por tanto entendemos la situación de desamparo como aquella causada a raíz de la desatención de los padres sobre sus hijos menores de edad, en los casos en los que los hijos necesiten apoyo y entendimiento paternal.

Tras estudiar jurisprudencia, así como doctrina, constatamos las siguientes corrientes:⁴⁸

⁴⁵ Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª). Sentencia núm. 80/1996 de 12 de febrero. (AC 1996\375). Ponente: Illmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca.

⁴⁶ Audiencia Provincial de León (Sección 2ª). Sentencia núm. 445/1995 de 29 de noviembre de 1995. (AC 1995\2229). Ponente: Illmo. Sr. D. Carlos Javier Álvarez Fernández.

⁴⁷ Modificado por la LO 1/1996 de 15 de enero 1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁸ CARRETERO GONZALEZ, C., EZQUERRA UBERO, J., FRÍAS FIEL, T., GARABANDAL, M., GUERRERO TOMÁS, E., **et al.**, Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial. Dykinson. Madrid. 2007. Págs. 101-10.

“Por un lado, la postura que defiende el carácter puramente objetivo del desamparo: el desamparo es una situación de hecho, en la que lo que importa es el resultado de desasistencia del menor. Por tanto el desamparo no puede ser considerado como una forma de sanción a los padres sino como una forma de protección del hijo...”. Como se puede entender, si el menor resultase cuidado por alguna persona no estaríamos hablando de una situación de desamparo. Asimismo resaltar que según esta concepción, el desamparo no es un castigo, es un mecanismo que permite dar seguridad y asistencia al hijo.

La segunda corriente doctrinal dice lo siguiente:

“Por otro lado, la posición subjetiva, por el contrario, pone la nota determinante, además de en la situación de desasistencia moral o material del menor, en que las personas que teniendo la obligación legal de atender al menor, debido a su incumplimiento, provoquen dicha desasistencia...”. Ello quiere decir que esa situación de desamparo se dará en todos aquellos casos en los que el menor no sea atendido por aquellos quienes tengan atribuida la función de la patria potestad –o en su caso sean tutores del menor-.

Ante esta situación de desamparo, aparece la figura del acogimiento de menores, recogida también por LO 1/1996, de 15 de enero. Este acogimiento implica que el menor resulta acogido por una familia que le presta atención y cuidado de forma temporal.⁴⁹

El acogimiento es, en síntesis, una institución que trata de que una familia, que no es la de origen, cubra las carencias de un menor tanto educativas, alimenticias, morales, etc., cuando la familia natural se desentiende.

La institución del acogimiento se introduce por la Ley de 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (L. 21/1987 en adelante).

Posteriormente, el sistema de protección de menores que recoge nuestra legislación, que contiene la figura del acogimiento del menor, es modificado por la reforma introducida por la LO 1/1996. En dicha reforma, la institución del acogimiento de menores ve aumentada su concepción. Asimismo, junto a la ya reconocida figura del *acogimiento familiar*, aparece el *acogimiento residencial*, prevé la ley que éste último

⁴⁹ El acogimiento familiar queda recogido por los arts. 173 y 173 bis. de nuestro CC.

acogimiento “se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor”⁵⁰, y se trata de una figura sustitutoria, es decir, se da en aquellas situaciones en las que no se pueda dar el acogimiento familiar.

Entre las modificaciones que introduce la LO 1/1996, destacamos la relativa a las formalidades referentes a los menores sometidos a la institución de acogimiento familiar que recoge el art. 173.2 del CC, y dice: “El acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos”. Ello implica que el menor deberá prestar el consentimiento para que el acogimiento sea totalmente válido y produzca efectos, siempre primando el interés del menor, ha de ser beneficioso para él.

En relación al cese o extinción de la figura del acogimiento familiar, dispone el art. 173.4 del CC que finalizará por las siguientes causas:

“1º. Por decisión judicial.

2º. Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública.

3º. A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía.

4º. Por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oídos los acogedores...”

Además de las mentadas causas, también relevante la modificación introducida por la LO 1/1996 referente a la extinción de dicha figura del acogimiento por una determinación, tomada por la propia institución pública que resulte sujeto acogedor del menor de edad. La extinción de la figura del acogimiento no se produce de forma instantánea es decir, primero será necesario escuchar a la institución acogedora, asimismo la protección de los intereses del menor y su cuidado deben ser siempre las bases de la cesación de dicho acogimiento⁵¹.

Se pronuncia al respecto del acogimiento del menor la Audiencia Provincial de Málaga, y resuelve recurso interpuesto contra una sentencia dictada en primera instancia que

⁵⁰ Véase art. 172.3 del Código Civil.

⁵¹ Rodríguez Morata, F., El acogimiento de menores, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. III parte Estudio, Aranzadi, Pamplona, 1997. Pg. 19 (BIB 1997\165).

fija “el establecimiento de un régimen progresivo de adaptación y traslado de la convivencia de las menores, desde su hogar a fecha de la presente resolución, el de la abuela Azucena, hasta el hogar de su padre Mateo...”. La misma, fija un régimen de reparto de la convivencia de las menores en relación a su abuela materna y su padre.

Tras la notificación de la resolución, la madre interpone recurso solicitando la revocación de dicho régimen, asimismo pide que se prive de la patria potestad al padre sobre las menores. A este respecto, la Audiencia Provincial de Málaga desestima el recurso de la madre.⁵²

3. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS PADRES POR SENTENCIA RECAIDA EN CAUSA CRIMINAL

Para la realización del análisis de la privación de la potestad paterna mediante sentencia dictada en causa criminal, referimos en primer lugar a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP). El CP tiene en cuenta la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad en determinados delitos, entre ellos, los delitos de abandono de familia, menores o incapaces –arts. 226 y 223 del CP-, o bien la puede imponer también por delitos contra la libertad sexual –art. 192.2 del CP-.

El art. 46 del CP es el encargado de recoger *la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento*, y dicha inhabilitación especial consiste en privar o limitar a los progenitores de un conjunto de derechos civiles que, como menciona dicho precepto, son la patria potestad, tutela, curatela, guarda, o el acogimiento.⁵³

La LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (L.O. 5/2010 en adelante), reforma dicha pena restrictiva de derechos y, consecuentemente, nace la privación de la patria potestad en particular.

⁵² Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7ª, Melilla), Sentencia núm. 32/2013 de 8 de mayo. (JUR 2013\200607). Ponente: Illmo. Sr. D. Juan Rafael Benítez Yebenes.

⁵³ La institución de la patria potestad impone el deber de cuidar y velar por los hijos que no se hayan emancipado, así como, instruirlos, darles alimento, dirigir y tutelar sus bienes –art. 154 del CC-. Por otra parte, las instituciones de la tutela y la curatela, reconocidas en el art. 215 del CC, procuran la protección y guarda de la persona sobre la que recaiga, además de sus bienes. En cambio la guarda y el acogimiento protegen a menores en aquellos supuestos de desamparo por ministerio de la ley –arts. 172 a 174 del CC-.

A través de la pena de privación de la patria potestad que introduce la reforma, el progenitor condenado deja de ser titular de la patria potestad. La pena accesoria de privación, *“constituye una alteración de la potestad paterna incidente en la titularidad – como en el orden civil sucede con la privación o la exclusión, según hemos visto- o, diversamente, en el ejercicio de la misma –como ocurre en el ámbito civil-.”*⁵⁴

En cuanto al resto de los derechos de carácter civil que menciona el art. 46 del CP, la pena de privación comportará una serie de efectos, esto implica, que si al progenitor se le priva de la patria potestad, también se va a extinguir la curatela, tutela, la guarda o el acogimiento en relación al hijo. Por otra parte, dicha privación comportará además una inhabilitación para ostentar el cargo de curador, tutor, guardador o acogedor mientras resulte vigente el periodo de la condena.

Los artículos del CP que prevén la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad son los siguientes: el art. 149.2 del CP (tipifica el delito de lesiones), los arts. 171 y 172 del CP (castigan el delito de amenazas y coacciones en el ámbito familiar), los arts. 189 y 192 (recogen los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores), etc.⁵⁵

La justificación que se extrae en todos y cada uno de los casos en los que se impone esta medida es la de dar seguridad al menor y a sus correspondientes bienes.

El principal interés es el del menor. Asimismo, a partir de la reforma del CP introducida por la LO 5/2010, se decide la aplicación de dicha medida unida a las penas privativas de libertad cuya perdurabilidad sea de 10 años o más⁵⁶, también cuando sean menos de 10 años (art. 56.1.3ª).

⁵⁴ CASTILLO MARTINEZ, C. del C., La privación de la patria potestad. Criterios..., cit., pg. 238.

⁵⁵ El texto legal del CP recoge también otros preceptos en los que prevé como pena principal la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, como por ejemplo el Art. 173.2º que sanciona las conductas consistentes en torturas y contra la integridad moral, o bien los Arts. 225 bis, 226,229, etc, que castigan, entre otros,, el abandono de familia, de menores o de incapaces.

⁵⁶ La L.O. 5/2010 modifica el art. 55, que dice: *“La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.”*

Resulta relevante hacer mención de la relación entre la pena privativa de la patria potestad y los delitos de homicidio o asesinato –con penas privativas de libertad superiores a los 10 años-. Anterior a la reforma del CP (L.O. 5/2010), surgían dudas al respecto de la aplicación de dicha pena cuando se cometían los delitos mencionados, por un lado parte de la doctrina creía conveniente en esos casos aplicar el art. 170 del CC para privar al padre o madre de su potestad⁵⁷. Ahora bien, la jurisprudencia rechazaba dicha aplicación por considerar una carencia de base legítima, ya que no se preveía para estos delitos.

Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 15 de enero del 2007, que invalida la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona. El Tribunal del Jurado de la AP dicta sentencia condenatoria por el homicidio de una mujer llevado a cabo por su ex marido. Dicha sentencia, además de condenar al hombre a una pena de prisión de 20 años, impone la pena privativa de patria potestad. En este sentido, el TSJ de Cataluña se pronuncia invalidando la sentencia, debido a que tras el examen a fondo de la causa se encuentra una falta de fundamento jurídico que genera, propiamente, en una infracción del principio de legalidad propio del derecho penal. Por ello, el TSJ de Cataluña atribuye al órgano civil que tenga competencia suficiente, la determinación de privar o suspender la patria potestad al condenado.⁵⁸

Las dudas surgen en relación a la perdurabilidad de la privación de la patria potestad, que va a depender del tiempo de la condena, esto implica que la medida finaliza cuando la condena cese, o bien cuando el hijo alcance la mayoría de edad. Las dudas surgen en torno a la desprotección de los hijos, ya que al finalizar la condena la medida se cancela.⁵⁹

Por otra parte, podemos encontrar situaciones en las que el condenado se ocupa de más menores, que no resultan perjudicados por los delitos, en estos casos se valora si

⁵⁷A mi juicio, es una incongruencia en cuanto se daba la posibilidad de castigar con la privación de la potestad a los progenitores en casos de abandono de menores, o en casos de agresiones sexuales, pero no se barajaba la misma posibilidad en casos de homicidios o asesinatos.

⁵⁸ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 2/2007 de 15 de enero. (JUR 2007\220875). Ponente: Illma. Sra Nuria Bassols Muntada)

⁵⁹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., ALASTUEY DOBON, M.C., Las Consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código español. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Pág. 420 y 421.

la medida de privación debe afectar también a esos menores. Pues bien, se deberá atender a la trascendencia de los hechos, o bien valorando las posibilidades de reincidencia, etc., en cambio en los casos de abusos sexuales sufridos por un menor, será causa suficiente para extender la privación de la patria potestad sobre el resto de menores que se hallen a cargo del condenado. De lo anteriormente mencionado se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en fecha 9 de abril del 2001, que resuelve recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Acusación particular contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, debido a una infracción de ley. El supuesto de hecho consiste en unos abusos sexuales llevados a cabo por un padre respecto a sus hijos. En la sentencia se valora el tema relativo a la prescripción, es decir la Audiencia Provincial de Barcelona entiende que los hechos han prescrito.

El Ministerio Fiscal en su recurso resalta la validez de la privación de la patria potestad respecto a dos de sus hijos, ya que el tercero ya había alcanzado la mayoría de edad. Entiende que no se puede *“privar, suspender o extinguir por vía penal una institución ya fenecida según las normas extrapenales que la regulan. No se puede privar de lo que no existe”*.

Por otra parte, se opone a la prescripción por entender que *“el plazo prescriptivo, cuando puede aplicarse la inhabilitación prevista en el art. 192.2 es el de cinco años establecido para los «restantes delitos graves» y no el de tres años para los menos graves, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131.1 CP.”*⁶⁰

En síntesis, tras la reforma del CP promovida por la LO 5/2010, la *inhabilitación especial para la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento* se conserva mientras que como novedad, se añade la privación de la patria potestad. Son conceptos que conllevan similitudes pero, también tienen importantes diferencias, es así en el caso de la titularidad, es decir, la privación de la patria potestad como pena acarrea que la titularidad que ostenta el penado se extinga, sin embargo la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no implica la extinción de la titularidad, pero si una acotación de la misma.⁶¹

⁶⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 629/2001 de 9 de abril. (RJ 2001\10289)(Ponente: Excmo. Sr. José Aparicio Calvo-Rubio)

⁶¹ DE LAMO RUBIO, J., Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código, Bosch, Barcelona, 1997, pg. 132.

4. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS PADRES EN EL PROCESO MATRIMONIAL

En este caso, se trata de una sentencia que comporta la terminación de un proceso matrimonial y puede incluir el supuesto de privación de la patria potestad respecto a uno de los progenitores, o de ambos.

A ello hace mención el art. 92.3º del CC, que dispone que en las sentencias de los procesos de separación, nulidad o divorcio “*se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello*”⁶², la causa que menciona el precepto no es otra que el quebrantamiento de los deberes propios o inherentes a la patria potestad –art. 170 del CC-.

Podemos encontrar determinadas sentencias y autos que diferencian entre las nociones del art. 92 y las del 170 del CC.⁶³

Mientras que el art. 170 del CC contempla la privación de la patria potestad como una pena o castigo impuesta a uno o ambos padres por su comportamiento, el art. 92 del CC entiende la privación de la patria potestad no como sanción a una conducta, sino como una medida de seguridad sobre los intereses de los hijos.

Esta privación de la patria potestad suele darse cuando en un procedimiento de disolución de matrimonio, el cónyuge que tiene atribuida la guarda del menor, la solicita, tras analizarse las correspondientes circunstancias del caso.

Como dice COVADONGA RUISANCHEZ, “*en la práctica el 24% aproximadamente de las demandas de privación de patria potestad se sustancian en un procedimiento matrimonial y entre éstas, sólo en un 23% aproximadamente de los casos se acuerda la privación de la patria potestad y la causa que fundamenta el fallo es, en la mayoría de los casos, el desinterés patente de un progenitor que durante años se desentiende de su hijo*”.⁶⁴

⁶² El mencionado precepto queda complementado por el Art. 170 del CC, el cual hace referencia expresa a la causa matrimonial.

⁶³ Véase el auto dictado por la Audiencia Provincial de Valladolid, de 11 de abril de 1994, (AC1994\705). Ponente: Illmo. Sr. D. Desconocido. (AAAP)

⁶⁴ RUISANCHEZ CAPELASTEGUI, C., La privación de la patria potestad. Atelier, 2ªedición, Madrid, 2006, pg. 126.

4.1 Situaciones en las que se aplica la privación de la patria potestad.

En este apartado se plantean tres supuestos: la separación, el divorcio y la nulidad

Al respecto, el art. 92.1º del CC dice *“la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones con los hijos”*⁶⁵(Ley 15/2005 en adelante).

-Proceso de separación

Sobre la base de la privación de la patria potestad en proceso de separación habla la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 10 de febrero de 1999⁶⁶. En primer lugar, las presentes actuaciones se generan debido a una demanda de separación –que ya había interpuesto unos años atrás pero también había desistido en un intento de salvar el matrimonio de ambos-. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Igualada dicta sentencia resolviendo los hechos, ambas partes responden interponiendo recurso de apelación que es desestimado por la Audiencia Provincial de Barcelona ya que entiende lo siguiente:

“Determina el art. 170 del Código Civil que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial, pero en atención a ello, en el momento de la separación de hecho de los cónyuges no se había originado la patria potestad como conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, y reflejo de un deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerles en sus intereses mientras son incapaces...”.

Refiere pues, que se trata de un *derecho-deber* que se había constituido después de ocasionarse la separación matrimonial, y por tanto no se puede hablar de un quebrantamiento de los deberes propios al ejercicio de la patria potestad puesto que, en este caso, no llegó a ejercerse.

En síntesis, la AP de Barcelona desestima ambos recursos por una ausencia de *formación* de la patria potestad producida en la ocasión de la separación de los cónyuges.

⁶⁵ Modificado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). De 10 de febrero de 1999 (AC 1999\2754) Ponente: Illmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.

Por otra parte, según la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de junio de 1989, no bastan las causas de separación de una pareja para alegar o razonar la privación de la patria potestad.

-Proceso de divorcio

En cuanto a la privación de la patria potestad en el procedimiento de divorcio, hace mención la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 18 de febrero de 1993, en la que se concierta la privación de la patria potestad que había sido suplicada por la madre durante dicho proceso. Asimismo, debido a la rebeldía del padre durante el proceso, las declaraciones de los menores y las de los progenitores de la madre, queda verificada la conducta de abando del padre respecto a sus hijos desde que éstos eran pequeños.⁶⁷

Por otro lado, de forma muy frecuente podemos encontrar jurisprudencia relativa a la privación de la patria potestad en las sentencias sobre divorcios que desestimen dicha pretensión, ya que una parte de la doctrina entiende que para proceder a la privación de la potestad de los padres han de coexistir causas graves, ya que la privación ostenta una interpretación restrictiva.

Un ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 2 de marzo de 2015 la cual desestima la pretensión de la apelante de privar de la patria potestad a su marido. La progenitora interpone demanda de modificación de medidas en la que, además solicita la privación de la patria potestad del padre. Dicha demanda resulta desestimada por entender la Audiencia que *“falta uno de los requisitos esenciales para que pueda estimarse la acción de modificación de medidas ejercitada en el presente proceso, cual es que los hechos en los que se base la demanda sean nuevos y supongan una alteración sustancial de las circunstancias porque se han producido con posterioridad al dictado de las sentencias que fijó las medidas”*.⁶⁸

-Proceso de nulidad del matrimonio

Analizando este tipo de procedimiento de terminación de uniones matrimoniales entendemos que a pesar de estar reconocido en nuestra legislación (art. 92 del CC), no hay apenas jurisprudencia en relación al tema que fundamente la privación de la

⁶⁷Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida (Sección 1ª), de 18 de febrero de 1993 (AC 1993\567) Ponente: Ilma. Sra. Dª. Cristina Nogués Linares.

⁶⁸Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), núm. 62/2015, de fecha 2 de marzo de 2015 (JUR. 2015\89760) Ponente: Illmo. Sr. D. José Antonio Vega Bravo.

patria potestad en procedimientos de nulidad matrimonial. No hay pronunciamientos legales en relación a la nulidad, equiparándolo con los dos supuestos anteriores, el divorcio y la separación.

La nulidad es una figura que implica la anulación del matrimonio por concurrir un defecto o vicio en la celebración del mismo. El matrimonio que deviene nulo tiene la consideración de no haber existido nunca –a excepción del cónyuge que se hubiera casado sin mediar mala fe y en relación a sus hijos-.

La nulidad del matrimonio es una institución con unas peculiaridades propias, de ahí la ausencia de jurisprudencia.

CONCLUSIONES

Primera: Después de un profundo análisis, consideramos que la patria potestad es una institución dirigida a la protección total del menor por parte de los padres, ya que puede entenderse como un acervo de derechos y deberes que los mismos deben cumplir. Es una figura beneficiosa para los hijos, ya que prima en ella el aclamado principio universal del interés del menor reconocido por la legislación internacional y por nuestro ordenamiento, que por lo tanto debe ser tenido en cuenta en cualquier decisión que verse sobre él.

Segunda: Efectos de la figura de la patria potestad son la titularidad y el ejercicio de la misma, los cuales pueden ser llevados a cabo por ambos progenitores en condiciones de igualdad, siempre y cuando no se generen desacuerdos. Sin embargo aunque presenten similitudes, ciertas son sus diferencias, por ejemplo entendemos que la titularidad de la patria potestad se resume en que los padres ostentan una serie de derechos y deberes consecuencia de la constitución de la unión familiar, mientras que el ejercicio alcanza una definición de aptitud o de facultad que surge por el mero hecho de ser progenitor. Ciertamente es que sin ejercicio no hay titularidad y viceversa, concluimos que ambas son de vital importancia para su mutua validez.

Tercera: entre los motivos de finalización de la patria potestad resaltamos la extinción, que conlleva la desaparición de forma parcial o absoluta de la institución y entre sus causas analizamos la declaración de fallecimiento, que bien puede ser de los progenitores o de los hijos, continuando con las causas aparece la emancipación del menor, también la adopción del hijo constituye una causa de extinción, por último aparece la causa de la privación, base de este trabajo.

Cuarta: constatadas las bases legales, aparece en relación a la privación de la patria potestad, la exclusión de la misma, términos que difieren uno respecto al otro en varios aspectos, entre ellos el origen ya que mientras que entendemos la exclusión de la patria potestad como una privación de inicio, la privación llega a través de una resolución judicial en un momento determinado debido a las consecuencias propias de dicha institución, las cuales quedan recogidas en la legislación civil.

Quinta: tras el análisis anterior, partimos del Art. 170 del Código Civil que dispone las causas que motivan la privación de la patria potestad, la cual puede constituir total o parcial. Como seguimiento de esta actividad encontramos jurisprudencia relativa a la privación de la patria potestad que interpreta el mentado artículo, que defiende que la

privación debe resultar ajustada en cualquier caso a las circunstancias dominantes en cada situación, ya que es una medida plenamente restrictiva que debe adoptarse motivadamente.

Sexta: tres son las situaciones que privan a los progenitores de su patria potestad, la privación por sentencia dictada a consecuencia del incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, sentencia dictada en un proceso matrimonial, o bien por una sentencia que se ha dictado en el curso de un procedimiento criminal.

Séptima: la primera causa de privación de la patria potestad que recoge nuestra legislación civil es aquella que priva mediante una sentencia firme dictada en un procedimiento ad hoc, e implica una sanción o castigo a una conducta de los padres consiste en un incumplimiento grave y continuado de los deberes inherentes a la patria potestad, como velar por los hijos, alimentarlos, educarlos, etc. Resaltamos dentro de este supuesto la circunstancia de abandono del menor, que constituye causa suficiente para privar de la patria potestad. Entienden a día de hoy los Tribunales que deviene causa suficiente para proceder a la privación. Por otro lado, es posible subsanar la mentada situación de desamparo del menor mediante la institución del acogimiento de menores que viene recogido por la Ley Orgánica 1/1996.

Séptima: continuando con el examen de las causas de privación de la patria potestad, encontramos aquella que priva a los progenitores mediante una sentencia dictada en causa criminal. En un principio recoge el Código Penal la inhabilitación especial para ejercer la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, pero tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 se añade dicha privación de la patria potestad, cuya justificación no es más que la de dar seguridad al menor y a su correspondiente patrimonio.

Octava: clausuramos las causas con la consistente en privar a los padres en el proceso matrimonial, es decir, radica en una sentencia que comporta la terminación de un proceso matrimonial, y que a su vez, incluye la mentada sentencia el supuesto de privación de la patria potestad, en relación a ambos progenitores, o solo a uno de ellos. Es necesario que durante el proceso de finalización, bien sea una separación, divorcio o nulidad matrimonial, se revele justa causa para dictar la privación de la potestad.

Novena: a modo de conclusión, considero que la privación de la patria potestad es una institución a lo sumo necesaria en determinadas situaciones en las cuales, los padres resultan ser incapaces de ofrecer una correcta educación y protección a sus

hijos, sin embargo estimo que es una decisión que debe ser profundamente meditada ya que comporta un completo desajuste en la vida del menor y que puede conllevar a un difícil desarrollo del mismo, a pesar de que la medida se basa siempre en el principal interés, que es el del menor. Consideramos que lo más importante, es motivar adecuadamente la decisión.

INDICE CRONOLOGICO DE LA JURISPRUDENCIA

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Ponente

- Sentencia de 21 de sep. de 1992 Illmo.Sr.D.Luis Román Puerta Luis
- Sentencia de 6 de julio de 1996 Illmo.Sr.D.Francisco Morales
Morales
- Sentencia de 18 de octubre de 1996 Illmo.Sr.D.AlfonsoBarcalá Trillo-
Figueroa
- Sentencia de 2 de febrero de 1999 Jesús Marina Martínez-Pardo
- Sentencia de 9 de abril de 2001 Illmo.Sr.D.José Aparicio Calvo-
Rubio
- Sentencia de 2 de julio de 2004 Illmo.Sr.D.Rafael Ruiz de la Cuesta
Cascajares

RESOLUCIONES DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Ponente

- Sentencia de 15 de enero de 2007 (Sección 1ª) Illma. Sra. Dª.Nuria Bassols Muntada

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES Ponente

AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA

- Sentencia de 19 de julio de 2011 (Sección 5ª) Illmo.Sr.D.JulioTasende Calvo

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE

- Sentencia de 21 de mayo de 1996 (Sección 1ª) Illmo.Sr.D.Juan Fernando Martínez
Gutiérrez

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

-Sentencia de 2 de diciembre de 2014 (Sec. 9ª) Illmo.Sr.D.VicenteAtaulfoBalle
Bernal

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

-Sentencia de 10 de febrero de 1999 (Sección 12ª) Illmo.Sr.D.Marcial Subirás Roca

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIJÓN

-Sentencia de 19 de julio de 2011 (Sección 7ª) Illmo.Sr.D.Ramón Ibáñez de
Aldecoa Lorente

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

-Sentencia de 29 de abril de 2002 (Sección 4ª) Illmo.Sr.D.Juan Francisco Ruiz-
Rico Ruiz

AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA

-Sentencia de 1 de julio de 1992 Illma.Sra.Dª.Rosa María Carrasco
López

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN

-Sentencia de 29 de nov. de 1995(Sección 2ª) Illmo.Sr.D.Carlos Javier Álvarez
Fernández

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LÉRIDA

-Sentencia de 18 de febrero de 1993(Sección 1ª) Illma.Sra.Dª.CristinaNogués
Linares

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

-Sentencia de 30 de junio de 2011 (Sección 24ª) Illmo.Sra. Dª.Mª José de la Vega
Llanes

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

-Sentencia de 8 de mayo de 2013(Sec 7ª, Melilla) Illmo.Sr.D.Juan Rafael Yebenes

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

-Sentencia de 24 de julio de 2008 (Sección 4ª) Illmo.Sr.D.Juan Martínez Pérez

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA

-Sentencia de 2 de marzo de 2015 (Sección 1ª) Illmo.Sr.D.José Antonio Vega

Bravo

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA

-Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Secn 1ª)

Illmo.Sr.D.Ignacio Pando

Echevarría

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

-Sentencia de 28 de sep. De 1992 (Sección 1ª)

Illmo.Sr.D.JulioTasende Calvo

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA

-Sentencia de 12 de febrero de 1996 (Sección 6ª)

Illmo.Sr.D.Vicente Ortega Llorca

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

-Auto de 11 de abril de 1994

Illmo.Sr.D.Desconocido

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

- Constitución Española (CE): art. 39.
- Código Civil (CC): arts. 92, 94, 111, 142, 154, 155, 156, 157, 160, 169, 170, 171, 172.1º, 173, 173 bis.
- Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC): Arts. 770.4..
- Código Penal (CP). Art. 46, 131.1, 149.2, 171, 172, 188, 192, 193, 223, 226.
- La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. UNICEF Comité Español. 20 de Noviembre de 1989. Preámbulo, y Arts. 3.1º, 9.1º, 12, 18.º, 27.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Publicado por BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.
- Ley de 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Publicado por el BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.
- 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. Publicado en BOE de 17 de Enero de 1996. Art. 2 , 9, 11, 11.2º,
- 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. Publicado en BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003. Arts.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado por BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010. Art. 55.
- Código Civil, Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias. Colección Tribunal Supremo. Director: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos (presidente de la sala primera del tribunal supremo). Ed. El Derecho. Arts. 165, 170, 172.

2.LIBROS Y REVISTAS CIENTÍFICAS

-BERROCAL LANZAROT, A.I., La Patria Potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº723, págs. 469 a 664. Página 500.

-BOLDOVA PASAMAR, M.A., ALASTUEY DOBON, M.C., Las Consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código español. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Pág. 420 y 421

-CARRETERO GONZALEZ, C., EZQUERRA UBERO, J., FRÍAS FIEL, T., GARABANDAL, María., GUERRERO TOMÁS, Eva., **et al.**, Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial. Dykinson. Madrid. 2007. Págs. 101-10.

-CASTILLO MARTÍNEZ, C. del .C., La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales. 2ª edición, La Ley, 2010, pg. 128.

-DE LAMO RUBIO, J., Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código, Bosch, Barcelona, 1997, pg. 132.

-LACRUZ BERDEJO, J.L., Elementos de Derecho Civil, T. IV, *Familia*, 3ª edición, *revisada y puesta al día por* Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2008, pg. 408.

-LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNANDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de Familia, vol.2º, Dykinson, 2010, pg. 268.

-O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Compendio de Derecho Civil T. IV, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 241.

-REBOLLEDO VARELA, A. L., (1995), La privación de la patria potestad. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, vol. I, Pamplona. Epígrafe I. (BIB 1995\163)

-RIVERO HERNANDEZ, F., El interés del menor, Dykinson, Madrid, 2000, p. 42.

-ROCA I TRIAS, E., DE PAULA BLASCO GASCÓ, F., CLEMENTE MEORO, M., LÓPEZ Y LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V.L., PRATS ALBENTOSA, L., **et al.** Derecho de Familia. 3ª ed., Tirant lo Blanch, 1997. Núm. Epígrafe 24.16.

-Rodríguez Morata, F., El acogimiento de menores, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. III parte Estudio, Aranzadi, Pamplona, 1997. Pg. 19 (BIB 1997\165).

-RUISANCHEZ CAPELASTEGUI, C., La privación de la patria potestad. Atelier, 2ªedición, Madrid, 2006, pg. 126.

3.PÁGINAS WEB

-<http://www.mundojuridico.info/patria-potestad/> Fecha de consulta: 17 de abril de 2015

-<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> Fecha de consulta: 17 de abril de 2015

-<http://www.josedomingomonforte.com/derecho-de-familia-reglas-generales-y-excepciones/> Fecha de consulta: 18 de abril de 2015

-<https://derechofamilia.wordpress.com/2011/04/23/patria-potestad-ejercicio-y-titularidad/> Fecha de consulta 28 de abril de 2015

-http://www.elderecho.com/actualidad/Renuncia-ejercicio-potestad-beneficio-progenitor_25_607625002.html Fecha de consulta: 1 de mayo de 2015.

-www.indret.com/pdf/633_es.pdf Fecha de consulta 2 de mayo de 2015

SUMMARY OF THE PROJECT

This project focuses on the deprivation of parental authority which parents have over their children and the regulation in the Spanish Civil Code.

The aim of the work is to study the deprivation of parental authority and delineate the scope of autonomy of parents in its exercise, in front of the duty of the State to participate in order to protect children adequately.

To this end, the work is a critical analysis about the regulation of the deprivation of parental authority in the Spanish system, both in the field of civil law, and in the field of criminal law.

In the same study, we can find interpretative proposals and legislative amendments. In addition it will also focus on processes of children and the problems that arise in litigation practice.

Therefore I thought appropriate to begin the study of that institution addressing the framework of parental authority, which includes general concept, contents, principles, personal items, and effects.

Firstly has been clearly explained that parental authority involves a set of rights and duties which law attributes to parents on their unemancipated children, and also on the assets of children. Put another way, parental authority is an effect of filiation, could be also called a system of protection, care, education, physical and moral support and a means of supplementing the inability of the child.

This institution implies that during the minority of age, children will be covered and represented by their respective parents.

It has suffered a constant evolution that has allowed to modify their legal nature, since it began in Roman law as a total and absolute right of the figure of the father, and finished as a group of rights and duties, whose ownership rests with the parents, obligatory by law.

Among the principles of the institution of parental authority highlights the more important, which is the principle *favor filii*, it is about the interest of the child.

The exercise of parental authority must be done always having in mind the benefit of the children and this is known as principle *favor filii*. This principle has devolved as a general and universal principle within the legal scope of the family, and consists in the supremacy of the interests of minors and their protection.

We boarded the 1/1996 organic Law of 15th of January, it is about legal protection of the minor, which was the first law in collecting this principle. This law express that the solution is always the best interests of the child in cases where several interests prevail.

Also refers to international law, as the Convention on the rights of the child of the United Nations, which also establishes between its articles the general and universal principle of the superior interest of the child, which should also prevail in the measures taken by the institutions, whether they are public or private, in relation to minors.

Also important are the effects of parental authority, it means the content of the parental authority, which is regulated in our civil code. After the corresponding reforms suffered by the civil code, it includes the duties and faculties that the parents have, including the distinction between the duty to ensure the children, which consists in taking care of them both in a material field as in the moral field, also duty to keep them in their company, it implies that an interpersonal relationship with the child must exist, duty to feed, educate and provide them an integral formation. The duty to feed them is a particular duty. Clarify in the text that this duty of food should not be confused with the obligation contained in the article 142 of our civil legislation which enshrines the real duty of food.

In order to understand the parental authority is suggested to make an analysis of the conceptual and normative differences between *ownership* and the *exercise* of parental authority. In this analysis, we understand that following the reform introduced by the 11/1981 Law of 13th of May (which modifies our civil legislation), was established a parental authority as a function which should be exercised by both parents. Also the exercise of parental authority by only one of them, according to article 156 CC modified by the reform.

Among the main differences, we can find that the *exercise* is composed by commitments and responsibilities intrinsic to parental authority, in contrast the *ownership* is a kind of implicit state and father is attributed to a set of tasks, for example, the task in the control of own exercise as a father.

We can conclude the above saying that the *exercise* is a tool through the *ownership* is useful. Without the *ownership*, the exercise of the functions of parental authority is only a simple description which would not be possible.

The second chapter starts with an analysis of the extinction of parental authority that is necessary before entering the deprivation.

This assumption refers to the possibility of parental authority ends because it is extinguished; moreover it implies a total or partial disappearance of the parental authority. The causes giving rise to the extinction of parental appear collected in the 169 article of our civil legislation, and these are the following: the death declaration (It may be the death of the parents or children). The following cause consists in emancipation, it implies that the child access to a state of autonomy and no longer be subject to parental authority. The third cause is the extinction by the adoption of the child, it involves a change in the ownership of the parental authority. The last cause of extinction of parental authority is the deprivation, that is the result of a judicial decision and can affect just one parent or both of them.

To tell the truth, we can find two situations in which reached the majority of age, the child continues as a subject of the parental authority. This is due to two situations, which are extended and parental authority restored. Our civil law covers both situations. It also includes the causes relating to each case.

In fact, in relation to the assumption of parental authority restored, we find the sentence handed down by the Supreme Court the 2nd of July 2004 that resolves a demand incapacitating the daughter with legal age of a marriage.

Before getting into the institution of deprivation of parental authority also we discuss the case of exclusion, and aim the differences.

The exclusion is collected in the 111 article of the civil code, as well as the corresponding causes that motivates it. The first of it is the *criminal judgment* condemning one of the parents or both of them. The sentence which is handed down by the Court produces the sanction of the deprivation of parental authority in an automatically way. The second reason that excludes parental authority consists in a judicially determined filiation or parentage against the opposition of one of the parents (or both). The parent opposed to the determination of the filiation or parentage of the child and this situation generates suspicion since it means that the father does not want to voluntarily accept their duties as a father.

At the same time, the parent is deprived of parental authority and their corresponding faculties, but on the other hand the obligation to care for and ensure the child always prevails, as well as the provision of food.

It also behaves the loss of most of the rights in relation to their children.

After analyzing all of the above, we studied the differences between exclusion and deprivation of parental authority. The main difference lies in the origin of both, i.e., exclusion is an initial deprivation. It involves that the parent who has been the subject of exclusion, has not reached to hold ownership of parental authority, as well as either the exercise of parental authority.

On the other hand, the exclusion of parental occurs automatically, as mentioned above, it entails that, by strict order of law, the parent immediately results excluded from roles and rights in respect of their children when he incurs in any of the reasons listed in the 111 article of the Civil Code, however the deprivation of parental authority occurs by means of a judicial decision taken by a judge.

We also understand that the exclusion is definitive, is unchanged, since the cause that gave rise to it cannot be repaired.

Now we start from the 170 article of the Civil Code that picks up the case of deprivation of parental authority, hypothesis in which this study is based. Deprivation can be total or partial, the first consisting of a complete loss by the parent to the deprivation of capabilities associated with the ownership of the parental authority, however partial deprivation only limits a few parental attributions or certain capabilities, for example, it could be in situations in which the tribunal considers suitable for the safety of the child that will limit or eliminate the right to visits from the father on the child.

We started the third chapter with the causes for which we can find the parental authority private, which are:

- deprivation of parental authority by a sentence handed down by the Court founded in a breach of the duties inherent to the function of the institution of parental authority
- deprivation of parental authority handed down by a judgment in a criminal cause
- deprivation of parental authority by a sentence handed down inside of a matrimonial cause.

Likewise, as we also mentioned in the previous sections, the 111 article of the civil code shows an automatically deprivation, by order of law, when the causes that motivates it appears. The causes are reflected in the article before.

First we introduce the deprivation by judgment based on the breach of the duties inherent in parental authority. The sentence is run on an *ad hoc* procedure, which means that it is a procedure that becomes firm, solid. This sentence punishes a conduct carried out by one of the parents, or both of them, due to a serious and repeated breach of the duties inherent to parental authority. Among the duties which we consider inherent to parental authority the civil code includes the following:

Look out for the children, have them in their company, feed them, educate and procure them an integral education. Furthermore represent the children and manage their property.

However, the simple fact of breaching the obligations or duties of parental authority is not enough to deprive the parents, only when the deprivation is necessary for the benefit and interest of the child shall be used.

We found that most of the jurisprudence is contrary to apply the penalty of deprivation of parental authority, even though the own article 170 gives the possibility (in its 2nd paragraph) of regaining the custody. This article says that the courts may accord the recovery of parental authority in benefit and interest of the child, when the cause that gave rise to the deprivation finish. As an example of that the judgment of the Provincial Audience of Toledo, on 28th of September, 1992.

In the words of the AP of Toledo: "any kind of failure is not enough but this must be serious, because of the intensity of the danger or attack that the parental behavior is for the interest of the child, either by their repetition or duration in time...".

However we can also find situations in which the doctrine has no doubt about the application of the measure, is the case of the sentence of the Provincial Audience of Alicante, on 2nd of December 2014, which estimated the deprivation of parental authority due to a breach of duties by the father. This conduct was proven, because since the separation of the parents took place, the father has been breaching his duties as a progenitor in relation to their children, with a duration of more than four years, adding that the parent has not been in contact with the children during those years.

One of the most relevant and worrying causes in relation to deprivation of parental authority is the abandonment (desertion) of the child by its parents. It is, in its most

logical sense, an enough reason for the declaration of the situation of neglected children. This situation appears closely related to the offence of family abandonment contained in the criminal code.

Currently the Courts believe that the behavior based on neglect of a child by its parents is a sufficient cause for deprivation of the parental authority. For the effects of deprivation of parental authority, is relevant to make a distinction between the abandonment of a child which takes place in a previous time to the birth of the child, and the abandonment after the birth of the under age child. It is considered by the jurisprudence that if the child is abandoned even before his birth by his father, it is always an enough reason to be excluded from parental authority, since its attitude shows a clear misunderstanding about his son (It is a moment when the newborn infant needs the most primary care).

As we can see in the 172.1^o article of the Civil Code, the institution of the abandonment of the child is collected, and it says that it is considered as a situation of helplessness those situations which occur because of non-compliance, or the impossible or inappropriate exercise of duties, when those are deprived of the necessary moral or material assistance.

Therefore, we can understand the situation of abandonment as the cause that take place as a result of the neglect of parents over their minor children in the cases in which children need parental understanding and support.

In this project, we can highlight that abandonment is in fact a situation in which the important thing is the result of the neglect of the child. Therefore the neglect cannot be considered as a form of punishment for parents, but can be considered a sort of protection of the child. As it can be understood, if the child is maintained by any other person, we couldn't be talking about a situation of helplessness. Concluding is important to highlight that the neglect is not a punishment, it is a tool that allows the increase of security and assistance to the child. The situation of abandonment will take place in all the cases where the under age child is not attended by those who have attributed the function of parental authority (or those who are guardians or tutors of the child).

Within the situation of helplessness, appears the figure of child placement, also reflected in our criminal legislation.

This placement means that the child is taken in by a family who pays attention and care on a temporary way. In short, placement refers to the institution that tries that a family,

which is not the family of the birth minor, covers the child's shortcomings both in the educational, nutritional, moral scope, when the natural family ignores it. This figure is introduced in our legislation in the 1987 year.

Subsequently, the system of child protection that collects our legislation and contains the figure of the placement of the child is modified by a reform. In this reform, the institution of the placement of minors shows the increase of its conception. Also, next to the already renowned figure of family placement, appears the residential placement, which is expected by the law that will be exercised by the Director of the Center where will be placed the minor, where is hosted the child, and it is a substitute figure, i.e. occurs in situations in which the family placement cannot be given.

On the other hand, the child must give his consent in order to reach the fully validity of the placement and to produce effects, having always the interests of the child as the main thing, it must be beneficial for him.

When we talk about the termination or extinction of the family placement institution, we can find it in our civil law (Article 173.4^o of the Civil Code.) that may expire due to certain factors: some examples are a judicial decision, decisions of people who take a child in (is needed the previously notice by these people to the public corresponding entity), also can be terminated by a request of the guardian or parents who have custody and claim the company of children, i.e. they want the child returned to them, last but not least appears the extinction by decision of the public body that has the guardianship or custody of the child, when it deems to protect or safeguard the interests of this child, always after meeting with parents and hear their points of view.

The extinction of the foster care figure (family placement) does not occur instantaneously i.e., firstly is needed the opinion of the welcoming institution, in addition the protection of the interests of the child and care must always be the basis of the cessation of the placement institution.

We found the following cause of deprivation of parental authority in the sentence handed down by a Court in a criminal case. We rely primarily on the criminal code, which takes into account the penalty of special disqualification for the exercise of parental authority in certain crimes, among them, the offences of the family abandonment, minor or unable people; either it can be also imposed for crimes against sexual freedom. The aim of this special disqualification is to deprive or limit the parents of a set of civil rights, as mentioned in that provision, are the parental authority, guardianship, guardian, or placement.

What is more, our criminal law is reformed due to the LO 52/010, on 22nd of June. This modification reforms the restrictive penalty of some rights and consequently born the deprivation of parental rights as an individual institution in the criminal code.

Through the deprivation of parental authority which is introduced by the reform, the convicted parent ceases to be the holder of parental authority. The accessory penalty of deprivation constitutes an alteration of the paternal faculty incident in the ownership of the authority. The justification that is extracted in each and every one of the cases, in which this measure is imposed, refers to provide security to the under age child and his corresponding property and money.

In short, it is a very restrictive measure that distances the parent of their children, therefore it must be taken after a good study of the case and with enough knowledge of the situation, and also with sufficient justification that moves to the parties.

The last case of deprivation of parental rights is due to a sentence handed down by a Court in the matrimonial proceedings between two spouses. In this case, it is a decision that involves the termination of a matrimonial proceeding and may include the assumption of deprivation of parental rights regarding a parent, or both.

This is referred to in the 92.3^o article of the Civil Code, which provides that the sentences of the Courts about the processes of separation, marriage annulment or divorce will remember deprivation of parental when the cause for this is revealed in the process, the cause that mentions the precept is none other than the breach of the duties inherent of the parental authority (this is showed in the 170 article of the Civil Code).

This deprivation of parental authority occurs generally when in an action for dissolution of marriage, the spouse who has assigned the custody of the child, request, after analyzing the relevant circumstances of the case.

As a relevant data, currently in the real life about 24% of the demands of deprivation of parental rights conclude in a marriage procedure and between them, only at an approximately 23% deprivation cases the deprivation is agreed and the cause that bases the decision of the judge is, in the majority of cases, the apparent disinterest of a parent who ignores their son for years. Moreover, the three situations in which this

deprivation of parental authority can be applied are the following: the separation, divorce and marriage annulment.

In addition, it should be noted that the separation, marriage annulment or divorce do not relieve parents of their obligations with the children, they must meet their duties regardless of the marital status of them, and it is referred in our legislation. It is necessary that during the process of marriage termination, just a cause is revealed to issue the deprivation of the right, since, as we have said before, it is a limited and restrictive measure, with several effects that can have a negative impact depending on how it is taken.

To conclude, after a deep analysis, we can understand that parental authority is an institution aimed at the full protection of the child by the parents, since it can be understood as a body of rights and duties which parents must comply.

It is a beneficial figure for children, since prevails in it the universal and acclaimed principle of the interests of the child recognized by international law and our legal system, which therefore must be taken into account in any decision on it.

We believe that the deprivation of parental authority is a necessary institution in certain situations in which parents are unable to give their children a proper education and protection. However, we think that it is a decision that should be deeply pondered since it involves a complete mismatch in the child's life and that can lead to a difficult development of the same, while measurement is always based on the main interest, which is always the interest of the child. We also believe that the most important thing is the adequate encouragement of the judge's decision.