

del precepto) y que para valorar el daño moral se deba atender a las pautas, que no son *numerus clausus*, que indica la norma legal (incisos segundo y tercero), y otra cosa es que se pueda fijar la indemnización atendiendo al daño físico o psíquico efectivamente causado.

Y ello es lo sucedido en el caso, donde se han producido en la menor daños psicológicos perfectamente valorados en la prueba pericial practicada y ratificada en el acto de la vista.

Por otro lado, en lo que atañe a la cuantificación indemnizatoria, esta Sala tiene reiterado que es una función atribuida a los Tribunales que conocen en instancia y que no cabe verificar en casación, salvo que sea arbitraria por desproporcionada, o manifiestamente irrazonable por carente de toda razón justificativa.

RESUMEN

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN MENORES

Existencia de vulneración del derecho a la propia imagen de un menor cuando no conste el consentimiento escrito de sus padres y el conocimiento del mismo por el Ministerio Fiscal, independientemente del carácter principal o accesorio de la imagen.

ABSTRACT

RIGHT OF PUBLICITY. MINORS

Existence of violation of a minor's right of publicity when there is no record of written consent from the minor's parents and hearing of the matter by the public prosecutor's office regardless of whether the image is by nature primary or accessory.

1.2. Familia

LA PATRIA POTESTAD: MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN, PRIVACIÓN, EXCLUSIÓN, RECUPERACIÓN Y EXTINCIÓN

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA MODIFICACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—III. LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—IV. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: 4.1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO. 4.2. REQUISITOS PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 4.3. MODALIDADES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 4.4. SUPUESTOS LEGALES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ÁMBITO CIVIL. 4.5. SUPUESTOS LEGALES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ÁMBITO PENAL. 4.6. CAUCES PROCESALES PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 4.7. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 4.8. PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—V. LA EXCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—VI. LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—VII. LA EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Originariamente, la patria potestad —*potestas*— era la jefatura doméstica o soberanía que, el jefe del grupo, el *paterfamilias*, ejercía sobre todos los miembros del mismo. Era un poder absoluto y despótico concebido a favor de quien lo ejercía, hasta el punto que, en el Derecho romano clásico se declaraba que, el *paterfamilias* gozaba del «derecho de la vida y la muerte» (*ius vitae et necis*) sobre sus hijos, y, asimismo, se constituía como instrumento de cohesión del grupo mismo. La patria potestad venía a ser el eje del Derecho de Familia, pues, todas las instituciones familiares se concebían en función de ella; y, así concebida, representaba un verdadero derecho subjetivo del *paterfamilias* sobre los hijos, así como sobre los bienes o frutos de los bienes que, pudieran pertenecerles (normalmente por haberlos heredado de otros familiares). En los tiempos actuales, sin embargo, la patria potestad es configurada exactamente desde el prisma contrario, pues, la patria potestad es, propiamente hablando, una potestad en sentido técnico, y no conforma en absoluto un derecho subjetivo que, corresponda a ambos progenitores, ya que, las facultades o poderes que el ordenamiento jurídico reconoce a éstos en relación con sus hijos, están estrechamente ligados con el cumplimiento de los deberes que, sobre los progenitores pesan respecto de la educación, crianza y formación de los hijos. Así pues, las facultades que el Código Civil otorga a los progenitores respecto de los hijos son auténticas potestades, en cuanto «se trata de poderes que el ordenamiento les reconoce o concede para que los ejercite precisamente en interés o beneficio de los hijos, y no atendiendo a los propios intereses de los sujetos activos de tales facultades o poderes» (1). De todo ello resulta que, la patria potestad como institución básica del orden social-familiar, es de orden público (2). Sobre tales bases, de la existencia de un vínculo de filiación —por naturaleza o adopción—, legalmente establecido, el Código Civil hace derivar la patria potestad que corresponde a los progenitores respecto de sus hijos menores no emancipados. Así resulta del artículo 154, párrafo primero del Código Civil, en cuanto establece que «los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los padres». Por tanto, la patria potestad en su configuración jurídica-positiva actual, procedente de la reforma operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de «modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio» (3), se define

(1) LASARTE ÁLVAREZ C., «Principios de Derecho Civil», en *Derecho de Familia*, T. VI, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2008, pág. 332.

(2) Díez-PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pág. 256.

(3) Si bien, bastantes de los artículos que integran el régimen jurídico de la patria potestad ha sido objeto de reformas parciales mediante disposiciones legales posteriores a esta Ley de 13 de mayo de 1981. Así inciden en el articulado de la patria potestad: La Ley 13/1983, de 24 de octubre, «De reforma del Código Civil en materia de tutela»; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, «De modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción»; la Ley 11/1990, de 15 de octubre, «De reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo»; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, «De modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores»; la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, «De modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos

como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. Sólo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciables, imprescriptible e indisponible y de carácter social (4). Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del Título VII, «De las relaciones paterno-filiales», del Libro I del Código Civil, que

con los abuelos»; la Ley 13/2005, de 1 de julio, «por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio»; y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, en el que se suprime la facultad de corrección de los padres en el artículo 154 del Código Civil.

(4) PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 352, quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (La Ley 44425-JF/0000), que señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; de 25 de junio de 1994 (La Ley 13968/1994), se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996/472); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 20 de julio de 1998 (AC 1998/6865); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/3913); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.ª, de 22 de junio de 1999 (AC 1999/8394), «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/139719); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 16 de octubre de 2007 (La Ley 219823/2007); de la misma Audiencia, sección 12.ª, de 14 de marzo de 2008 (La Ley 27513/2008); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 1 de septiembre de 2008 (La Ley 196431/2008); y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/3232).

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

regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171) (5).

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

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

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

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

La actuación de los poderes públicos en relación con el menor se sustancia en tres ámbitos concretos: 1) Se indica que los poderes deben asegurar la protección integral de los menores de edad. 2) La función de atender a los hijos corresponde a los padres. 3) A los menores de edad se les reconocen los derechos que recogen los acuerdos internacionales sobre la infancia, que España ha ratificado (6).

Ahora bien, aunque no se determina en el texto constitucional, está claro que la intervención de los poderes públicos para una adecuada protección de los menores, resulta compatible y opera al mismo nivel que la función de los padres, precisamente, en la asistencia y protección a sus hijos menores de edad (7). Si bien, no faltan quienes entienden que en el ámbito de las relaciones familiares, resulta necesario plantear una actuación subsidiaria de los poderes públicos con respecto a la que corresponde a los padres (8); o, bien, se parte de una operatividad en distinto plano de cualquiera de las acciones protectoras señaladas (9).

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

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

(6) Vid. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona 2006, pág. 19.

(7) Vid., en este mismo sentido, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 19-20.

(8) GÁLVEZ, F. J., «Comentario al artículo 39 de la Constitución Española», en *Comentarios a la Constitución Española*, coordinador: Fernando Garrido Falla, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, págs. 760-761.

(9) ESPÍN CÁNOVAS, D., «Comentario al artículo 39 de la Constitución Española», en *Comentarios a la Constitución Española*, dirigidos por Óscar Alzaga Villamil, T. IV, Eder-sa, Madrid, 1996, pág. 52.

Como complemento y refuerzo del reconocimiento de la titularidad de los padres en la potestad de sus hijos menores de edad, y, por ende, en responsabilidad de aquellos en la atención de sus hijos, el artículo 27.3 del mismo texto constitucional regula el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté acorde con sus propias convicciones (10). Asimismo, en el plano internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, después de establecer en su Preámbulo que la familia de origen es el hábitat natural idóneo para el desarrollo del menor, dispone en su artículo 9.1 que los niños no deben ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto si un proceso legal lo estima necesario para el mejor interés de los menores, y, añade en sus artículos 18.1 y 27 que corresponde a los padres la responsabilidad principal en la crianza, desarrollo y educación de sus hijos (11). Igualmente, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio, destaca el papel primordial de la familia y su estabilidad en el desarrollo equilibrado y armonioso del niño, subrayando en su apartado 8.11, además de la responsabilidad conjunta del padre y la madre en la educación y desarrollo del menor, y del derecho de todo niño a vivir con sus padres naturales, legales o adoptivos,

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

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

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

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

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

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

La ley dictará las normas y los límites de la investigación de la paternidad» (tomadas ambas referencias, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 22-23).

(11) Artículo 9 dispone que: «Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión del lugar de residencia del niño...».

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

dispone que corresponde a los padres, de forma prioritaria, dar al niño una vida digna y en la medida de sus recursos económicos, proporcionar los medios para satisfacer sus necesidades. Todo ello, sin perjuicio del deber de los Estados de asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, y servicios sociales. Y, finalmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales señala el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (art. 8) (12).

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general el ejercicio de la misma, corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154, párrafo primero del Código Civil). Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor (13). Lo cierto es que el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad (14). De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad, los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, pongan en peligro el bienestar del menor, la interven-

(12) Artículo 8 dispone que: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

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

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

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

ción de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor y, asimismo, debe tenerse en cuenta que ésta corresponde en primer lugar a los padres (15). No cabe duda que, la reforma por Ley 11/1981, se estructuró sobre la base de tres objetivos: configurar la patria potestad como función dual del padre y de la madre; dar primacía al interés o beneficio del hijo, y el respeto a su personalidad; y, someter el ejercicio de la patria potestad a la intervención y vigilancia judicial, así, como, en su caso, de la Administración Pública. La intervención y vigilancia judicial determina que, el Juez ha de resolver sobre el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores —art. 156 del Código Civil—; asimismo, tendrá que decidir al cuidado de qué progenitor quedan los hijos menores de edad en los casos de separación de hecho, y a falta de acuerdo entre los padres —art. 159 del Código Civil—, autorizar determinados actos de disposición de bienes o derechos de los hijos por parte de sus progenitores (art. 166 del Código Civil); o, cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, adoptar todas las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes (art. 167 del Código Civil); y, en fin, sobre la base del artículo 158 del Código Civil, «de oficio o a instancia de parte del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal» habrá de dictar «dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria», todas aquellas medidas y disposiciones que tengan por finalidad atender a la protección personal y patrimonial del hijo. De forma que, ante un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno-filiales por parte de los progenitores, bien en un proceso civil *ad hoc*, en un proceso matrimonial o en un proceso penal, el juez puede adoptar como medida excepcional de protección de los menores, la privación de la titularidad y del ejercicio de la patria potestad, esto es, de los deberes y facultades inherentes a la misma, sin que ello afecte *per se* al vínculo legal de filiación, ni impida el ejercicio de determinados derechos, como el de visita. La patria potestad como un derecho-deber o como un derecho-función puede, por tanto, en determinados casos y por causa de esta concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de ley, cuando sus titulares por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella, o las ejercen con daño y perjuicio para sus hijos (16).

Esta vigilancia judicial se ve completada con la intervención de la Administración Pública en los casos en que el menor sometido a patria potestad se encontrara en situación de desamparo, esto es, cuando se vea privado de la necesaria asistencia moral y material —art. 172 del Código Civil—, con la consiguiente suspensión de la patria potestad.

Ahora bien, tanto la suspensión como la pérdida de la patria potestad representan una pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad, siendo posible, en consecuencia, su recuperación, cuando cese la causa que la ha motivado. Frente a otros supuestos, en los que tiene lugar la terminación de la patria potestad de forma definitiva, como la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo; la emancipación del hijo, salvo el supues-

(15) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1.ª, de 11 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/54306).

(16) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/139719).

to de emancipación tácita, donde es posible su revocabilidad; y, su adopción (art. 169 del Código Civil).

Como hemos señalado, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad es conjunta por ambos progenitores, ya lo sea mediante la actuación de ambos, o de uno con el consentimiento expreso o tácito del otro (17); no obstante, esta regla general expuesta, el Código Civil contempla determinados supuestos en lo que el ejercicio de la patria potestad es individual (art. 156 del Código Civil): a) Desacuerdos, que pueden ser de dos tipos: simples o relativos a un acto concreto y reiterado. En el caso de desacuerdo simple «*cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien después de oír a ambos y al hijo, si tuviera suficiente juicio, y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre*»; cuando son reiterados o concurriera una causa singular que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá —el juez— atribuir total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En todo caso, si concurre un interés opuesto al del hijo, por parte sólo de uno de los progenitores, en tal supuesto, corresponderá al progenitor en quien no concurre interés opuesto la representación del hijo menor no emancipado, o completar la capacidad del menor emancipado, en una atribución sin necesidad de especial nombramiento, pues, opera por *ministerio legis* (art. 163.2 del Código Civil) (18). De concurrir en ambos progenitores un interés opuesto al del hijo, se procederá al nombramiento de un defensor judicial (arts. 299 a 302 del Código Civil) (19); b) En defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad, la

(17) Para CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *La privación de la patria potestad*, 2.^a ed., op. cit., pág. 83, la titularidad de la patria potestad puede definirse «con referencia a la cualidad o condición de sujeto activo de la función que, en relación con los hijos menores no emancipados —o, en su caso, sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada—, le es atribuida al progenitor respecto del cual se haya determinado la filiación, salvo cuando ésta «haya sido judicialmente determinada contra su oposición» (art. 111.2.º del Código Civil), o aquél «haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme (art. 111.2.º del Código Civil)»; diversamente, considera que el ejercicio de la patria potestad, «implica en esencia la atribución de la guarda y custodia del menor, lo que se traduce en la práctica realización de los deberes inherentes a la potestad paterna. Por ello es regulable, y posee, por propia definición, un carácter dinámico».

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

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

(19) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994/1731); de 7 de noviembre de 2002 (La Ley 134/2003); de 17 de enero

patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro (art. 156, párrafo cuarto) (20); c) En el caso de separación de los padres, la patria potestad será ejercida por aquél con quien el hijo conviva (art. 156, párrafo quinto). Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio. Por tanto, para los casos en los que los progenitores no viven juntos, cualquiera que sea la causa (21), la convivencia del hijo con uno de ellos trae consigo la atribución del ejercicio de la patria potestad (guardia y custodia). De no mediar el supuesto de convivencia exclusiva del hijo con uno de los progenitores, ni acuerdo al respecto entre los mismos, a tales efectos, el artículo 159 del Código Civil dispone que: «*si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, el Juez decidirá en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírà, antes de tomar esta medida, a los hijos, si tuvieran suficiente juicio, y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años*».

En nuestro Derecho, por tanto, el concepto de guarda y custodia se vincula con la atención y cuidado del menor, que se tiene en su compañía, ejercido mediante la convivencia más o menos permanente con el hijo; y, en su determinación se plantea la alternativa de si el ejercicio de la patria potestad debe serle atribuido a uno solo de ellos (o quizá, en situación excepcional, incluso a un tercero como, por ejemplo, a los abuelos) (22), de manera individual y exclusiva; o si, por el contrario, se procede a la llamada guarda y custodia compartida, modalidad esta última establecida legalmente por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En principio, en los casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, el Convenio regulador judicialmente homologado debe contener la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta, y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos —art. 90 A) del Código Civil—. Por su parte, la sentencia que recaiga en un proceso contencioso de separación, nulidad y divorcio debe, asimismo, con-

de 2003 (*RJ* 2003/433); de 4 de marzo de 2003 (*RJ* 2003/433); de 4 de marzo de 2003 (*La Ley* 12132/2003); y de 20 de mayo de 2005 (*La Ley* 103770/2005); y el Auto de este mismo Tribunal de 11 de mayo de 2010 (*La Ley* 85358/2010). Asimismo, vid. la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de noviembre de 1998 (*RJ* 1999/1339).

(20) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 18 de septiembre de 2000 (*AC* 2001/37).

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

(22) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 29 de marzo de 2001 (*La Ley* 3255/2001), señala que «el hecho de haber concedido el Juez a los abuelos de la menor el uso de las facultades concedidas en el artículo 158 del Código Civil, que son medidas de carácter temporal de guarda y custodia, en atención a las circunstancias de inestabilidad por el que pasa la madre de la menor tal y como se ha expuesto en los dos primeros fundamentos de derecho de esta resolución, no da lugar a la suspensión ni menos a la extinción de la patria potestad por no estimar el incumplimiento de los deberes de la madre respecto de la hija que exige el artículo 170 del Código Civil».

tener un pronunciamiento —siempre fundado en beneficio o interés del menor— relativo a que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, o que el cuidado de los hijos corresponda a uno u otro (art. 92.4 del Código Civil).

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

Así las cosas, la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad tiene como referente ordinario a los hijos menores no emancipados; si bien, mediante su prórroga o rehabilitación, la patria potestad puede hacerse extensible también a los hijos mayores de edad incapacitados (art. 171 del Código Civil).

En los términos vistos, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la modificación, suspensión, privación —de las que nos ocuparemos de manera más exhaustiva por su especial trascendencia—, exclusión, recuperación y extinción de la patria potestad, ofreciendo respecto de las mismas un tratamiento doctrinal y jurisprudencial. No sólo haremos referencia en nuestro estudio, a la regulación contenida en el Código Civil, sino también a la existente en otros ordenamientos autonómicos, como la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón (23); y la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (24).

II. LA MODIFICACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Implica un cambio en la titularidad o ejercicio del contenido normal de la patria potestad. En líneas precedentes, nos referimos a algunos supuestos de actuación o ejercicio individual de la patria potestad.

Entre los diferentes supuestos que pueden encuadrarse en ella, destaca LACRUZ BERDEJO los siguientes: «a) *Concentración*. Cuando existe pérdida, privación o suspensión en uno de los titulares y no en el otro; así, en los supuestos de muerte, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (arts. 156.4.º y 169.1.º del Código Civil); y en los desacuerdos reiterados entre los padres o concurrencia de causa que entorpezca gravemente el ejercicio común; b) *Redistribución*. Cuando el contenido normal de la patria potestad se asigna en exclusiva, por facultades y deberes, a cada uno de los cotitulares; así, en los supuestos de desacuerdos reiterados o grave entorpecimiento para el ejercicio (art. 156.2.º), en los de separación (art. 156.5), cambio de titular de la potestad de la guarda (art. 158.2.º), etc.; c) *Alteración*. Cuando el juez adopta providencias a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de la guarda (art. 158.2.º), o para la seguridad o recaudo de los bienes de los hijos en los casos de administración paterna religiosa (art. 167); d) *Comunicación*. Cuando el hijo es adoptado en las circunstancias y condiciones prevista en el artículo 178» (25).

(23) *BOE*, núm. 23, de 26 de enero de 2007, págs. 3713 a 3739; *BOA*, núm. 149, de 30 de diciembre de 2006, págs. 17047 a 17070.

(24) *BOE*, núm. 203, de 21 de agosto de 2010, págs. 73.429 a 73.525.

(25) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», T. IV, *Familia*, 3.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 408.

II. LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Señala LACRUZ BERDEJO que la suspensión es «la pérdida o privación (según tenga o no carácter punitivo) temporal del ejercicio de la patria potestad» (26). Antes de la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el Código Civil contemplaba expresamente junto con la privación, otra figura denominada suspensión de la patria potestad, ambas situadas bajo el rótulo «*de los modos de acabarse la patria potestad*». La privación tenía, al igual que en la regulación actual, carácter punitivo y suponía la pérdida de la titularidad de la potestad. Al respecto señalaba SANCHEZ REBULLIDA que «la privación tiene tal carácter y se refiere a la titularidad misma y tiene una duración —temporal o definitiva— determinada por su causa (arts. 169 y 171)» (27). Tres eran los supuestos de privación: 1. La impuesta como pena por sentencia firme en causa criminal (art. 169.1.º); 2. La que se declaraba en virtud de sentencia firme en pleito de separación personal, mientras duraban los efectos de la misma (art. 169.2.º). En este caso, se sancionaba con la privación al cónyuge culpable de la separación, si se daba la coincidencia de que éste era el titular de la patria potestad (normalmente, el marido). El otro cónyuge (inocente) tenía la potestad de los hijos. No procedía, sin embargo, la privación cuando se declaraba culpable al cónyuge no titular (por regla general, la mujer); 3.º La que fijaban los Tribunales contra el progenitor que trataba a sus hijos con una dureza excesiva o les diera órdenes, consejos, o ejemplos corruptores (art. 171) (28).

Sin embargo, para RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 169 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 1527, el supuesto consignado en el artículo 156, párrafo segundo *in fine* del Código Civil, es más un supuesto de privación o suspensión; y el párrafo cuarto de este mismo artículo cree: «se trata de un supuesto de privación, suspensión, o incluso de extinción», pues se refiere: «en defecto, ausencia» que, a su juicio, va referido a aquellos supuestos y no a una mera modificación debida a una simple ausencia no declarada o imposibilidad coyuntural, pues en tal caso deberá prevalecer el ejercicio conjunto, salvo que pueda subsumirse en los casos del artículo 156 referidos al ejercicio individual pese a existir una titularidad conjunta».

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

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

(26) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 408.

Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 1.ª, de 2 de junio de 2000 (AC 2000/5123), que: «...la privación, sea total o parcial, o la suspensión de la potestad, constituyen unas medidas excepcionales fundadas en causas graves o muy justificadas que comporten un gran perjuicio para los hijos, pues precisamente a su protección está llamado este instituto presidido por el principio de *favor filii*. Este es precisamente el fundamento de aquellas extraordinarias medidas que más que sustentarse en una censura o sanción de determinadas conductas, atiende a la más adecuada protección de los hijos en toda su extensión, lo que exige valorar las circunstancias de cada caso y ponderarlas en atención con aquel principio».

(27) SANCHEZ REBULLIDA, F. de ASÍS, *Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1966, pág. 461.

(28) SEISDEDOS MUÑO, A., «Suspensión *versus* privación de la patria potestad», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 2001, pág. 564, señala que «la descripción que se hacía en el artículo 171 de las conductas que podía originar la privación (frente al genérico “incumplimiento de deberes” de la regulación actual) no dejaba lugar a

Por su parte, la suspensión que sólo afectaba al ejercicio de la patria potestad y no a la titularidad, igualmente, se preveía en los citados artículos 169 y 171 del Código Civil. Se configuraba como una sanción, si bien, más leve que la privación y con carácter temporal (29). De este modo, los Tribunales atendiendo a los supuestos descritos, podían en función de las circunstancias, optar entre privar o simplemente suspender la patria potestad. De todas formas, la suspensión se producía automáticamente, y sin tener carácter sancionador en las situaciones que la doctrina de la época calificaba de imposibilidad como era «la incapacidad o ausencia del padre, o en su caso de la madre, declaradas judicialmente» (art. 170) (30); también se suspendía «por interdicción civil», teniendo en este caso naturaleza sancionadora (art. 170 *in fine*). Con la reforma por Ley 11/1983, de 13 de mayo, el término suspensión desaparece de los artículos específicos de la patria potestad; y, por tanto, toda regulación referida a la misma. No se prevé, en consecuencia, que los Tribunales puedan optar por la suspensión de la patria potestad como sanción ante determinadas conductas de los padres, ni que aquélla se suspenda automáticamente ante la incapacidad, ausencia o imposibilidad. Sin embargo, como señala acertadamente la doctrina, es posible considerar subsistente la suspensión, si bien, no con tal referencia nominal, sino con la de privación parcial, a la que hace referencia el actual artículo 170, cuando señala que «el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad». Una privación parcial que no afecta a la titularidad, sino al ejercicio de la patria potestad, en una suerte de restricción del mismo. Sería, por tanto, una medida sancionadora, aplicable en los supuestos de incumplimiento voluntario de los deberes paternos, pero más leve en su alcance que la privación total (31).

dudas sobre el carácter sancionador de la medida prevista». Y, añade que, «paradójicamente, sin embargo, este carácter no tenía reflejo en las disposiciones del Código relativas a la desheredación. Efectivamente, el artículo 854.1.º consideraba justa causa para desheredar a los padres el «haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 169»; y las que daban lugar a la pérdida conforme a ese mismo precepto eran también justa causa para desheredar al cónyuge, *ex* artículo 855.1.º No se tomaba en consideración, por tanto, la privación operada por aplicación del artículo 171».

(29) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, de 9 de julio de 2008 (La Ley 149516/2008), en la que se señala que «es una norma sancionadora, y que debe ser objeto de interpretación restrictiva»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2.ª, de 13 de octubre de 2008 (La Ley 221700/2008), en la que se pone de manifiesto que «...aún considerando que ha existido incumplimiento por parte del padre en la asistencia y atención a su hija menor, no ha dotado al mismo de gravedad y entidad suficientes para justificar la adopción de una medida tan drástica, cual es la privación de la patria potestad, cosa que sí hace con la madre, algo en lo que coincide el Ministerio Público, teniendo en cuenta el interés del menor».

(30) VALVERDE VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV, Madrid, 1913, pág. 523; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. IV, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1970, págs. 250-251.

(31) SEISDEDOS MUIÑO, A., «Suspensión *versus* privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 565; FUENTES NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 200. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 1 de febrero de 2007 (La Ley 5690/2007), señala que «la privación se declara cuando el padre ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares. Si bien, se estima en el presente caso aún cuando casi inapreciable, en alguna ocasión contribuyó económicamente, y se ha molestado en intentar defender la relación con los hijos mediante la interposición de este recurso, lo que evidencia un ánimo de intentar reconducir la situación. Ello atenúa el injustificable comportamiento del recurrente, y en

Apenas dos años después, se modifica de nuevo el articulado del Código Civil con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de la tutela, en la que introducen dos referencias expresas a la suspensión de la patria potestad en sede de tutela. Así, se considera como causa de inhabilidad para el desempeño de las funciones tutelares, «la privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad» (art. 243.1.º del Código Civil); y, se establece como una causa de extinción de la tutela, la recuperación de la patria potestad, cuando aquélla hubiera tenido lugar precisamente por la privación o suspensión de la patria potestad (art. 277.1 del Código Civil).

Sin embargo, con la Ley 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 desaparece la referencia a la suspensión de la patria potestad en el precepto dedicado a los consentimientos, asentimientos y audiencias necesarios para formalizar la adopción, pues los padres del adoptando que no se hallare emancipado podrán asentir la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a menos que estén privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación (art. 177.2.2.º del Código Civil).

Sin embargo, esta misma Ley introduce una nueva referencia a la suspensión en el artículo 1828.2 de la LEC 1881 (que continúa en vigor en tanto no se elabore una Ley de Jurisdicción Voluntaria), en el que se regula el procedimiento a seguir para la constitución del acogimiento, cuando la misma requiera autorización judicial y sea promovida por el Ministerio Fiscal o por la entidad pública correspondiente. El Juez deberá oír a los padres, siempre que no estén privados de la patria potestad, ni suspendidos de su ejercicio, dictando auto en el término de cinco días.

Finalmente, con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, con relación a la tutela automática por la Entidad Pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de menores en situación de desamparo, dispone como efecto de tal tutela automática, la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria (art. 172.1, apartado 3, del Código Civil) (32).

aplicación de los principios antes expuestos, no llegar a la privación de la patria potestad, con todo lo que ello implica, pero si a la suspensión de aquélla en aplicación de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, pues no se puede pretender ahora, de forma sorpresiva, una intervención decisiva en la vida de los hijos que apenas reconocerán en el recurrente figura paterna, faltos por tanto de la necesaria conexión afectiva, y obligar a la madre que ha tenido que educar y hacer crecer a sus hijos con la ausencia de otro progenitor, a contar con éste para cuestiones que aquel desconoce absolutamente, en la crianza de los hijos, con todo lo cual repercutiría negativamente en su desarrollo. De forma que, más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección de los niños, que debe ser adoptada en su beneficio, y mantenerse en tanto no se acredite otra situación que haga aconsejable el levantamiento de la medida», y añade: «nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de los hijos, puedan los Tribunales acordar el alzamiento de la suspensión, cuando también se prevé la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (art. 170.2 del Código Civil)». Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de diciembre de 1978 (*RJ* 1979/332); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 27 de marzo de 2008 (*La Ley* 94197/2008); y el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.ª, de 1 de julio de 2008 (*La Ley* 136249/2008).

(32) Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 21 de septiembre de 2007 (*La Ley* 224753/2007); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 21 de diciembre de 2007 (*La Ley* 343102/2007).

Además de los supuestos legales de suspensión contenidos en el Código Civil que, con las sucesivas reformas han aumentado; lo cierto es que parte de la doctrina utiliza también el término suspensión para referirse a aquellos supuestos en los que los padres, aún conservando la titularidad de la patria potestad, sin embargo, se encuentran excluidos en su ejercicio. Ya hemos aludido, en otro apartado de este estudio, a los casos de ejercicio individual de la patria potestad. Significa desde tal perspectiva que estamos ante una medida que no tiene finalidad sancionadora, sino orientada a proteger al menor y en su propio beneficio, cuando las circunstancias hacen imposible o muy difícil el ejercicio conjunto de la patria potestad. Incluso, estos mismos autores hablan de suspensión meramente parcial, cuando se atribuye a un progenitor el ejercicio exclusivo de solo una parte de las funciones que integran la patria potestad, manteniéndose el ejercicio conjunto en todas las demás, y, también cuando la totalidad de aquéllas se distribuyen entre ambos, ejercitando cada uno individualmente las que le correspondan (33).

Sobre tales bases, de lo que no cabe duda es que la suspensión puede ser una de las medidas que adopten los Tribunales ante el «incumplimiento de los deberes paternos filiales» por quienes ejercen la patria potestad, con una más limitada eficacia en su operatividad, que la que corresponde al supuesto de privación total, pues, normalmente supondrá una restricción en el ejercicio de determinadas funciones (34). Se trata de una medida, igualmente, sancionado-

(33) SEISDEDOS MUÑO, A., «Suspensión *versus* privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 567-568; FUENTES NORIEGA, M., «La patria potestad compartida en el Código Civil español», *op. cit.*, págs. 256-257, 284 y 293; PRADA GONZÁLEZ, J. M.³, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 1982, pág. 367; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 408, para el que existe pérdida temporal en los casos de ausencia, incapacidad, o imposibilidad de uno de los padres (art. 156.4.º); y privación temporal cuando así lo impongan los Tribunales (arts. 170.1.º y 156.2.º).

Por su parte, RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 169 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1526, señala que «deben incluirse en ella aquellos supuestos de pérdida que, siendo en principio, de carácter temporal, puede convertirse en definitivo, pero que a diferencia de la privación carece de connotaciones punitivas», y añade: «Incluiríamos aquí el supuesto del artículo 156, párrafo segundo del Código Civil, último inciso, y cualquier otro que, pudiendo ser causa de privación, no pueda configurarse como tal al no concurrir el carácter punitivo (supuestos de separación y divorcio sin culpabilidad), así como la declaración de fallecimiento, ausencia o emancipación tácita».

En esta línea, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, pág. 122, *nota* 158, señala que, «cabe entender que por resolución judicial podría acordarse la suspensión de la patria potestad: a) En el supuesto de desacuerdos reiterados o concurrencia de cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, al que alude el artículo 156, párrafo 2.º del Código Civil, pues, si bien la mención literal se refiere a la atribución de la patria potestad, es posible deducir que el texto legal confunde titularidad y ejercicio de la misma, con lo que el precepto habría que vincularlo a la suspensión de su ejercicio; b) En los procedimientos de nulidad, separación o divorcio cuando el Juzgador establezca que la patria potestad se ejerza total o parcialmente por uno de los cónyuges (arts. 92.4 y 156, párrafo 5.º del Código Civil), o en los casos en que así se disponga en el convenio regulador homologado judicialmente —art. 90 A) del Código Civil—; c) También, con carácter general, en el ámbito de las amplias posibilidades concedidas al Juez para dictar “las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios” a que se refiere el artículo 158.2 del Código Civil».

(34) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 26 de marzo de 2010 (La Ley 72600/2010).

ra, si bien, más leve en su alcance, al entenderse que quienes ejercen la patria potestad, no han incurrido necesariamente en un incumplimiento tan grave y reiterado de los deberes que les incumbe, como para adoptar una medida tan drástica como es la privación de la patria potestad (35). Pero, asimismo, la suspensión puede ser adoptada como una medida no sancionadora, sino como una exigencia necesaria a adoptar ante situaciones de pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad, como los casos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (art. 156.4.º), que puede afectar a ambos, o a uno de los progenitores, correspondiendo en este último supuesto, al otro, la asunción del ejercicio individual de la patria potestad, y, ante la determinación de la filiación por uno sólo de los progenitores, corresponderá, sin embargo, asumir la tutela a la administración, sin perjuicio de optar por el acogimiento, o en su caso, la adopción; o los casos de desacuerdos reiterados, o porque concorra cualquier otra causa, que entorpezca gravemente el ejercicio (se entiende conjunto) de la patria potestad, en los que se podrá atribuir total o parcialmente el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres, por un plazo que no podrá exceder de dos años, o distribuir entre ellos las funciones, por lo que la suspensión parcial afectará a ambos cotitulares (art. 156.2) (36).

De todas formas, quizá el hecho de que nuestro Código Civil no contemple, como antaño, junto a la privación, la suspensión de la patria potestad, pueda influir para que, los órganos jurisdiccionales no se decanten por aplicar esta medida y, por ende, suspender en el ejercicio de la patria potestad a ambos titulares o al que sea titular único, sino que, ante la necesidad de tomar alguna medida con relación a la patria potestad, opten por la privación de la misma, incluso en aquellos supuestos en que no existe un incumplimiento de los deberes paterno-filiales. Lo cierto es que, ante las circunstancias señaladas que, imposibiliten o impidan el ejercicio adecuado de la patria potestad por ambos progenitores, o al único titular, resulte mejor optar por la privación de la patria potestad, para que los menores puedan ser sometidos a tutela.

IV. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

4.1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

El Código Civil regula la privación de la patria potestad en el artículo 170, precisamente, en el título correspondiente a las relaciones paterno-filiales. Dispone el citado precepto: *«El padre o la madre podrán ser privados total o par-*

(35) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9223); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/108820); y de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2.ª, de 13 de octubre de 2008 (La Ley 221700/2008).

(36) En similares términos, el artículo 236-5 del Código Civil catalán establece que: *«1. La autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores o de las demás personas a que se refiere el artículo 236-4.2 a tener relaciones personales con los hijos, así como puede variar sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o existe otra justa causa. Existe justa causa si los hijos sufren abusos sexuales o maltrato físico o psíquico, o son víctimas directas o indirectas de la violencia familiar o machista. 2. La entidad pública competente puede determinar cómo deben hacerse efectivas las relaciones personales con los menores desamparados, e incluso suspenderlas si conviene al interés del menor».*

cialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación» (37).

En consecuencia, el beneficio del propio menor ha de ser siempre el fundamento de toda intervención en la intimidad familiar, y, por tanto, el de la privación de la potestad de los padres (38). El juicio de oportunidad o necesidad de la privación de la potestad no supone para un sector mayoritario de la doctrina española, y de la jurisprudencia, una sanción, sino una medida de protección del menor, aunque ello conlleve la privación de la titularidad en la potestad que corresponde a los padres (39).

(37) En similares términos, se expresaba el derogado artículo 136.1 del Código de Familia catalán: «*El padre y la madre pueden ser privados de la titularidad de la potestad sólo por sentencia firme, fundamentada en el incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, o por sentencia dictada en causa penal o matrimonial (...)*» [Ley 9/1998, de 15 de julio (BOE, núm. 198, de 19 de octubre de 1998, págs. 28310 a 28344)].

Y, el actual artículo 236-6.1 y 2 del Código Civil catalán que, al respecto, dispone: «*1. Los progenitores pueden ser privados de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacidad sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de la violencia familiar o machista. 2. Existe causa de privación de la potestad parental sobre el menor desamparado, si los progenitores, sin un motivo suficiente que lo justifique, no manifiestan interés por el menor o incumplen el régimen de relaciones personales durante seis meses*».

Y, el artículo 77 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón, señala que: «*1. En interés del hijo, cualquiera de los padres podrá ser privado total o parcialmente de la autoridad familiar por sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*».

(38) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2982); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de junio de 1995 (La Ley 7165/1995), para que, sobre la base del principio de *favor filii*, la intención abortiva del progenitor es causa de privación de la patria potestad; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.ª, de 14 de julio de 1999 (AC 1999/8839); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.ª, de 24 de septiembre de 2001 (JUR 2001/317469); y de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 20 de mayo de 2010 (La Ley 101756/2010).

(39) En este sentido, MIRALLES GONZÁLEZ, I., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2000», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, octubre-diciembre de 2000, pág. 1211; de la misma autora, «El interés del menor y la privación de la patria potestad», en *Aranzadi Civil*, 2004, vol. II, pág. 2007; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 38-39; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., «Patria potestad», en *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, vol. I, Familia, coordinador: Manuel GARRIDO DE PALMA, Consejo General del Notariado, Civitas, Madrid, 2001, pág. 815.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 4 de octubre de 1997 (AC 1997/2025); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 16 de enero de 1998 (AC 1998/37); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 22 de mayo de 1998 (AC 1998/1149); la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 2 de octubre de 1998 (AC 1998/2037); la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/3913); la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos,

Sin embargo, no faltan quienes consideran que la privación de la potestad tiene exclusivamente un carácter punitivo y sancionador de la conducta dañosa y perjudicial del padre privado de la potestad hacia sus hijos (40); si bien, matizan dicho carácter punitivo cuando la privación de la potestad tiene lugar en los procesos de nulidad, separación o divorcio, al considerar que en estos supuestos, no revisten tal carácter, sino que es suficiente la concurrencia de hechos que, sin esta categoría desvalorativa, aconsejan la privación de la potestad para evitar injerencias del otro progenitor y se eviten de esta forma tensiones perjudiciales para los hijos. Este carácter sancionador tiene un claro reflejo en las disposiciones de los artículos 854.1 y 855.2 del Código Civil que configuran al hecho de haber perdido la patria potestad, *ex* artículo 170, como justa causa de desheredación, a los padres y al cónyuge, respectivamente. Como tal causa de desheredación implica también la pérdida del derecho de alimentos del progenitor privado de la patria potestad respecto a su hijo, pero no a la inversa (art. 152.4 en relación con el art. 854.1 del citado Código); y, según dispone el artículo 756 del mismo cuerpo legal, son causa de indignidad para suceder determinadas conductas que se subsumen en la privación de la potestad por causa criminal (41). Sin que, finalmente, falten autores para

sección 2.ª, de 26 de febrero de 1999 (AC 1999/3983); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 18 de junio de 1999 (AC 1999/2279); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.ª, de 14 de julio de 1999 (AC 1999/8839); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 22 de noviembre de 1999 (AC 1999/2589); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.ª, de 10 de febrero de 2000 (AC 2000/1135); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 19 de diciembre de 2000 (AC 2001/74); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 29 de junio de 2001 (JUR 2001/230208), que, asimismo, considera que se trata de un modo de defender los intereses del menor, que han de guiar todas las medidas que hayan de ser adoptadas respecto del mismo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.ª, de 24 de septiembre de 2001 (JUR 2001/317469); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 31 de octubre de 2001 (AC 2002/278), que, igualmente, dispone que con esta medida excepcional, como es la privación, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes, sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 15 de octubre de 2008 (JUR 2009/26435); la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de julio de 2009 (La Ley 122500/2009), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 26 de marzo de 2010 (La Ley 72600/2010).

(40) Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», *op. cit.*, pág. 370; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 17 de enero de 2008 (La Ley 7962/2008).

(41) SEISDEDOS MUIÑO, A., «Suspensión *versus* privación de la patria potestad (Reflexiones al hilo de las sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1993, y 24 de mayo de 2000)», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 2001, págs. 558-559; de la misma autora, *La patria potestad dual*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988, pág. 358; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997, pág. 63; FUENTES NORIEGA, M., «La patria potestad compartida en el Código Civil español», *op. cit.*, pág. 199; GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Notas sobre la protección civil del menor en las crisis conyugales», en *La tutela de los derechos del menor*, I Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, 1984, pág. 180; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», T. IV, Familia, *op. cit.*, pág. 408; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentarios al artículo 170 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, T. II-2, coordinador: Joaquín RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 1530.

quienes además de una finalidad protectora del menor, esta medida tiene una función punitiva, pues, se castiga al propio progenitor (42); y, asimismo, se afirma que la misma se torna como instrumento útil de tutela de los hijos menores para evitar que, quien no se siente vinculado a ellos y actúa con total apatía, pueda inmiscuirse en su vida y perturbar su formación integral, y, en definitiva, en el desarrollo pleno de su personalidad, participando en su educación y en la toma de decisiones que por su envergadura y trascendencia exigen una verdadera implicación, garantía que se cumple cuando la relación paterno-filial se sustenta en vínculos afectivos sólidos nacidos del contacto cotidiano (43).

En todo caso, de considerarse que el artículo 170 del Código Civil contiene una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva (44), pues la naturaleza jurídica de la patria potestad, concebida como derecho de carácter social, imprescriptible e indisponible, impone, precisamente, una interpretación restrictiva de sus limitaciones (45). De ahí, la exigencia que en el caso concreto resulte claramente probado que el progenitor al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma. Asimismo, esta medida de la privación, por su especial gravedad, ha de ser excepcional y adoptarse con suma cautela, atendiendo a las circunstancias del caso concreto (46); lo que implica que no basta para su adopción

(42) CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 2000, págs. 83-84 y 110

(43) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 26 de mayo de 2008 (La Ley 94307/2008).

(44) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2982); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 27 de febrero de 1996 (AC 1996/358); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 9 de junio de 1999 (AC 1999/1219); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 18 de enero de 2000 (AC 2000/157); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 8 de febrero de 2000 (AC 2000/513); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 19 de noviembre de 2008 (La Ley 246312/2008); de la misma Audiencia y sección, de 29 de julio de 2009 (La Ley 179528/2009); de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.ª, de 4 de septiembre de 2009 (La Ley 261948/2009); y de la Audiencia Provincial de León, sección 2.ª, de 14 de julio de 2010 (La Ley 130899/2010).

(45) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/139719).

(46) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 6 de julio de 1996 (RJ 1996/6608); de 18 de octubre de 1996 (RJ 1996/7507); y de 10 de noviembre de 2005 (La Ley 10099/2006) que, como precisa: «la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia, imputable de forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basado en datos contratados y suficientemente significativos de lo que puede inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo», y añade: «se requiere, por tanto, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo»; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, de 18 de febrero de 1993 (AC 1993/567); de la Audiencia Provincial de Ávila, de 16 de noviembre de 1995 (AC 1996/481); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 2.ª, de 12 de enero de 1999 (AC 1999/3464); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 26 de febrero de 1999 (AC 1999/3983); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 9 de junio de 1999 (AC 1999/3464); de la Audiencia

cualquier clase de incumplimiento, sino que éste debe ser grave, bien por la intensidad del peligro o ataque que supone la conducta paterna para los intereses del hijo, o bien por su reiteración o duración en el tiempo, constituyendo en todo caso, principio normativo esencial a tener en cuenta en esta decisión judicial, como en cualquier otra que afecte a los hijos, el beneficio o interés de los mismos, en orden a la plena satisfacción de sus derechos legalmente sancionados en el propio artículo 170 en relación con el artículo 39 de la CE, y los artículos 92 y 154 del Código Civil (47).

En fin, se trata de una medida temporal (48)—salvo en el supuesto de adopción—, que no tiene carácter irreversible, en cuanto es posible su recuperación, siempre que haya cesado la causa que motivó la privación, y lo aconseje el beneficio o interés del hijo (49); ha de ser decretada judicialmente, y fundada precisamente en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, que ha de probarse (50), y puede ser total o parcial.

Provincial de Las Palmas, sección 1.^a, de 22 de junio de 1999 (AC 1999/8394); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.^a, de 8 de febrero de 2000 (AC 2000/513); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 3.^a, de 1 de marzo de 2000 (AC 2000/3914); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 19 de diciembre de 2000 (AC 2001/74); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 30 de mayo de 2008 (La Ley 90413/2008), señala que: «la privación reviste un carácter excepcional y debe basarse en circunstancias extremas en las que la continuidad de las relaciones paterno-filiales vengán a poner en peligro la educación o formación, en sus distintos aspectos, del sujeto infantil, de manera que, cuando se hable de incumplimiento de los deberes inherentes a tal potestad, en cuanto causa de privación de la misma, ello no conlleva un significado de pura censura o sanción de una conducta omisiva, habiendo de valorarse ésta en función del antedicho principio de *favor filii* que imponga o aconseje, a favor del interés a proteger, tan drástica medida»; de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1.^a, de 11 de diciembre de 2000 (JUR 2001/54306); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 19 de diciembre de 2000 (AC 2001/74); de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.^a, de 16 de abril de 2010 (La Ley 97598/2010); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 24 de junio de 2010 (La Ley 147092/2010).

(47) Sobre la base del principio del interés del menor, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 26 de marzo de 2009 (La Ley 169920/2009), se pone de manifiesto que, para resolver sobre la privación de la patria potestad hay que considerar el efecto que ello tendría sobre la menor, más que la intencionalidad o no del progenitor en el incumplimiento de sus deberes como padre.

(48) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 19 de septiembre de 2008 (La Ley 225497/2008).

(49) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 18 de junio de 1999 (AC 1999/2279).

(50) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (La Ley 13968/1994); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 27 de diciembre de 2002 (JUR 2003/44131). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 12 de febrero de 2003 (JUR 2003/186517), señala que «la doctrina jurisprudencial existente, constante y pacífica desde diciembre de 1992, limita la privación de la patria potestad a supuestos de índole excepcional, basados, además, no en meras sospechas o alegaciones afirmativas de una de las partes, sino en una sólida resultancia probatoria demostrativa del perjuicio que para el hijo implica el que uno de los padres siga ostentando, conjuntamente con el otro, la referida potestad».

4.2. REQUISITOS PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El instituto de la privación de la patria potestad se define legalmente a través de una serie de presupuestos, a saber:

1. La existencia de un incumplimiento grave o reiterado de los deberes inherentes a la patria potestad; o como pena o medida de protección ante determinadas conductas delictivas. Existencia y subsistencia plenamente probadas (51).
2. La exigencia de resolución judicial para acordar la medida.
3. El carácter excepcional o temporal de la medida de privación, dado que, como hemos ya señalado, el propio precepto permite la recuperación de la patria potestad, también a través de sentencia judicial.
4. La posibilidad de privar total o parcialmente de la potestad paterna o materna.
5. Ha de valorarse los supuestos de privación con criterios de índole restrictiva en aras a preservar y amparar el beneficio e interés de los hijos menores de edad.
6. La razonable necesidad, oportunidad, y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor (52).

(51) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (*RJ* 1994/6502); de 18 de octubre de 1996 (*RJ* 1996/7507); de 23 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/1130), ha resuelto que la amplitud del contenido del artículo 170 del Código Civil —incumplimiento de los deberes de la patria potestad—, y la variabilidad de las circunstancias que ha de ser tenida en cuenta para juzgar los actos de los padres, exigen conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación que tendrá siempre presente el interés del menor tanto para la privación de la patria potestad, como para su recuperación; de 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002/5905); sección única, de 27 de noviembre de 2003 (*RJ* 2004/296); sección 1.ª, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5280), la corta edad de la menor la hace más vulnerable ante el incumplimiento de los deberes paternofiliales; y sección 1.ª, de 10 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005/7625); asimismo, vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de León, sección 2.ª, de 29 de noviembre de 1995 (*AC* 1995/2229); de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 18 de septiembre de 1997 (*AC* 1997/1751); de la Audiencia Provincial Toledo, sección 1.ª, de 9 de junio 1999 (*AC* 1999/1219); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 8 de abril de 2000 (*JUR* 2001/106624); de la Audiencia Provincial de Teruel, sección única, de 25 de octubre de 2000 (*AC* 2000/1955); de la Audiencia Provincial de Soria, de 27 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/44131); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 28 de abril de 2003 (*JUR* 2003/254271); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 29 de abril de 2008 (*JUR* 2008/178044).

(52) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (*RJ* 1994/6502); y de 24 de abril de 2000 (*RJ* 2000/2982); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5188); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 20 de julio de 1998 (*AC* 1998/6865); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999/3913); de la Audiencia Provincial de Ávila, de 18 de junio de 1999 (*AC* 1999/2279); de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2.ª, de 5 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/7600); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 18 de enero de 2000 (*AC* 2000/157); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 3.ª, de 1 de marzo de 2000 (*AC* 2000/3914).

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 9 de julio de 2002 (La Ley 306/2003), señala que la despreocupación y alejamiento temporal no constituye causa suficiente para decretar la privación de la patria potestad.

La sentencia que dictamina la privación de la patria potestad puede alcanzarse por tres cauces distintos, todos ellos presididos siempre por la acreditación del incumplimiento de los deberes inherentes a aquélla. De este modo, se puede dictar sentencia de privación en un procedimiento *ad hoc* iniciado al efecto, o decretarse bien a través de una resolución judicial que ponga fin a un proceso matrimonial, o bien mediante una sentencia dictada en causa criminal.

Lo más frecuente es que la privación tenga lugar por un procedimiento *ad hoc* acordado para resolver específicamente la cuestión litigiosa relativa a la privación de la potestad paterna, correspondiendo, usualmente, el ejercicio de la acción, bien a los familiares de los progenitores, cuando se ha detectado por éstos el posible incumplimiento de los deberes que le corresponden a ambos padres, bien a uno de los progenitores cuando es el otro el que incumple las obligaciones paternas, o, en última instancia, al Ministerio Fiscal o al propio Tribunal, quien la determinará de oficio en un proceso matrimonial (53).

4.3. MODALIDADES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Se recoge expresamente en el citado artículo 170 que la privación de la potestad de los padres dictada en sentencia judicial puede ser total o parcial (54). En el primer supuesto, los padres o el progenitor afectado por la medida pierden todas las facultades que comporta la titularidad de la potestad. En cambio, en la privación parcial tan solo se ven afectadas algunas de las facultades inherentes a la misma (55). Precisamente, podrían considerarse casos de privación parcial aquellos supuestos en que la adecuada protección del menor exige una modalización, restricción o eliminación del derecho de visitas (56). En todo

(53) ZURITA MARTÍN, I., «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», en *Actualidad Civil*, núm. 32, 1 al 7 de septiembre de 2003, pág. 867.

(54) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.ª, de 29 de abril de 2002 (*JUR* 2002/168327).

(55) El legislador alemán distingue y regula de forma diferenciada los supuestos de privación de la potestad personal de los padres de los casos de privación de la potestad patrimonial.

Dispone el parágrafo 1666 a): «1. Sólo se admitirá la adopción de las medidas relacionadas con la separación del hijo de la familia paterna cuando no pueda combatirse el peligro por otros medios, ni siquiera mediante ayudas públicas.

2. El cuidado personal sólo podrá ser íntegramente suprimido cuando todas las demás medidas hayan resultado inútiles o cuando se presuma que su empleo no sea suficiente para ahuyentar el peligro». Y, el parágrafo 1667 (puesta en peligro del patrimonio del hijo): «1. El Tribunal familiar podrá ordenar que los padres entreguen un inventario relativo al patrimonio del hijo y que den cuenta de la administración del mismo. Los padres deberán aportar un certificado de autenticidad y de testación completa respecto del inventario. En caso de que el inventario presentado resulte insuficiente el Tribunal familiar podrá ordenar su realización por una autoridad pública competente, por un funcionario público competente o por un notario.

2. El Tribunal familiar podrá ordenar que el dinero del hijo se invierta de una manera determinada y que sea necesaria su autorización para el caso de su reintegro...».

(56) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 40-41. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987/6716), acuerda la privación parcial de la patria potestad respecto del padre, confiando la guarda del menor a su progenitora, con derecho de visita a favor de

caso, la configuración de esta medida se acerca más a la figura de suspensión de la patria potestad regulada en el Código Civil español antes de la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981 (57).

Por otra parte, la privación de la potestad se presenta siempre como una medida temporal, dada su posible recuperación o rehabilitación, siempre que cesen las causas que motivaron su pérdida (58). Tal carácter temporal se predica, igualmente, en el ámbito penal, pues, la inhabilitación para el ejercicio de la potestad es necesariamente temporal. Ahora bien, en los casos de adopción posterior del menor, tal medida de privación de la potestad de los padres se torna definitiva, pues, con la adopción se extingue la anterior potestad (art. 169.3 CC).

En todo caso, conviene poner de relieve que, el Tribunal debe definir en la sentencia que establezca la privación, el alcance de ésta, que de ser parcial exige una obligada referencia a las funciones respecto de las cuales el progenitor resulta apartado, así como una concreción de las que, conserva, pues, de no especificarse nada, cabe presuponer que, resultará de aplicación la norma general de ejercicio conjunto contenida en el artículo 156 del Código Civil (59).

4.4. SUPUESTOS LEGALES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ÁMBITO CIVIL

Con anterioridad a la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981, se recogían en el Código Civil varias causas de suspensión de la patria potestad, que se concretaban en la incapacidad del padre o, en su caso, de la madre, declarada judicialmente, la ausencia legal, la interdicción civil, y la dureza excesiva en el trato de los hijos, o a las órdenes, consejos o ejemplos corruptores (en estos últimos supuestos, recordemos los Tribunales podían, bien privar de la patria potestad a los padres, o bien suspender su ejercicio —art. 171—). La concurrencia de alguna de estas causas producía efectos suspensivos y no de pérdida definitiva de la potestad paterna. Operada la reforma de 1981, ya no se menciona en el Código Civil, ni en su artículo 170, ni en todo el Capítulo IV del Título VII, la figura de la suspensión de la patria potestad. Tan sólo en el Capítulo V, en sede de adopción, el artículo 172, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, contempla la suspensión de la patria potestad con motivo de la asunción de la tutela por ministerio de la ley atribuida a la entidad pública en virtud de la declaración de desamparo de un menor; y, en el supuesto de acogimiento del menor en los términos establecidos en el artículo 1828.2 de la LEC, ya analizados en otro apartado de este estudio.

No obstante, aunque no se menciona la suspensión, las causas de la misma —salvo la interdicción civil— pueden reconocerse en el articulado del Código Civil en el ámbito del ejercicio de la patria potestad. Así, como hemos señalado,

aquél, hasta el comienzo del curso escolar, estableciendo, asimismo, que durante la fase transitoria el progenitor habrá de proveer a la manutención de su hijo con la cantidad fijada en la sentencia, y atender a todos los gastos extraordinarios del mismo.

(57) FUENTE NORIEGA, M., «La patria potestad compartida en el Código Civil español», *op. cit.*, pág. 200.

(58) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.ª, de 29 de abril de 2002 (*JUR* 2002/168327).

(59) En este mismo sentido, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, pág. 265.

en los supuestos de incapacidad y la ausencia se constituyen en causas de justificación del ejercicio individual de la patria potestad por parte de uno de los progenitores (art. 156.2), como, asimismo, en las amplias facultades concedidas al Juez para tomar las medidas de protección que consideren oportunas en caso de peligro o perjuicio del menor (art. 158). Por tanto, aunque no se refiera a la regulación actual de nuestro Código a la suspensión, puede materializarse en algunos casos su existencia y, así consta en algunas resoluciones judiciales. En todo caso, debe entenderse la suspensión solo ligada al ejercicio de la patria potestad, no a la titularidad de la misma (60).

Centrados tras este breve paréntesis aclaratorio y reiterativo, en las causas de la privación de la patria potestad, el artículo 170 del Código Civil se limita a precisar como causa genérica, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sin calificar dicho incumplimiento; que ha de revestir, como ya hemos precisado en líneas precedentes, al menos el carácter de grave o reiterado (61).

A tal incumplimiento y las causas sobre las que se sustenta, hay que añadir la necesidad de un daño o perjuicio que impida el libre desarrollo de la personalidad del menor o que incida negativamente en el mismo. Un daño que, como veremos, puede ser de orden físico, moral o psicológico, no así, de naturaleza exclusivamente económica. El incumplimiento de los deberes que son la causa del perjuicio sobre el desarrollo integral de la personalidad del menor, y que según su gravedad o repercusión sobre la misma, pueden dar lugar a la privación de la patria potestad, son a los que el Código Civil español hace referencia en la regulación que a la patria potestad dedica en los artículos 154 a 168. Los titulares de la potestad tienen, como señala el artículo 154 citado, el deber de «*velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*». No olvidemos que, ha de tratarse de un incumplimiento grave, reiterado y permanente de los deberes inherentes a la patria potestad, que va a ser objeto de apreciación judicial con un grado discrecional amplio en la atención a las circunstancias concretas del caso, y, teniendo siempre presente el beneficio o interés del menor (62).

(60) Vid. ZURITA MARTÍN, I., «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», *op. cit.*, págs. 866-867.

Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 1.ª, de 2 de junio de 2000 (AC 2000/5123).

(61) Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 1999 (RJ 1999/1130) en su *Fundamento de Derecho* 4.º que: «*la amplitud del contenido del precepto (incumplimiento de los deberes de la patria potestad) y la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres exigen conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación que, como tal, tiene, igualmente, difícil acceso a la casación, pero en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor, informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento*».

(62) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3108), ha declarado que no se ha de distinguir, si es o no voluntario el incumplimiento de los deberes que encarna la patria potestad; de 5 de marzo de 1998 (La Ley 6084/1998); de 23 de febrero de 1999 (La Ley 2949/1999); de 2 de julio de 2004 (La Ley 157512/2004); y de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004/6642); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 27 de enero de 1995 (AC 1995/171); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 8 de abril de 2000 (JUR 2001/106624); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 6 de octubre de 2000 (AC 2001/39);

Desde tal planteamiento genérico, y atendiendo al tipo de comportamiento de los padres, la doctrina y jurisprudencia concreta la fórmula genérica de incumplimiento y suelen clasificar las causas de privación de la patria potestad, en situaciones de maltrato o abuso, abandono, o incluso, de imposible e inadecuado cumplimiento —unas veces involuntario, otras negligente—, consecuencia de enfermedades, toxicomanías, alcoholismo, incapacidad, etc. (63).

Estas conductas o comportamientos de los progenitores suponen un incumplimiento o contravención de los deberes que derivan de la patria potestad, cuya relevancia sobre la esfera de sus hijos menores de edad implica necesariamente la constatación de que tal conducta del progenitor, va a provocar un daño o perjuicio en la personalidad de aquellos. No olvidemos, como tantas veces hemos señalado que, la privación de la patria potestad representa una medida dirigida a procurar una adecuada protección al menor, y, se adopta en su propio interés o beneficio, nunca en el de los titulares de la patria potestad.

Las causas más frecuentes suelen ser la de malos tratos tanto físicos como psíquicos. Si bien, sobre todo los primeros, suelen sustanciarse en su mayoría ante la jurisdicción penal por tratarse de delitos de lesiones o delitos contra la indemnidad sexual o de violencia doméstica (64). En los malos tratos psíquicos

de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 23 de mayo de 2001 (*AC* 2001/1252); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 5 de junio de 2001 (*JUR* 2001/236595); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 24 de octubre de 2001 (*JUR* 2002/17236); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.ª, de 16 de octubre de 2002 (*JUR* 2002/274676); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 17 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/92577); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 20 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/203125); de la misma Audiencia y sección de 28 de abril de 2003 (*JUR* 2003/254271); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 10 de julio de 2003 (*JUR* 2003/219228); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 21 de julio de 2004 (*JUR* 2004/305912); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 10 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/58357); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 13 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/160605); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 4 de marzo de 2008 (*La Ley* 39302/2008); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 29 de abril de 2008 (*JUR* 2008/178044); de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, sección 4.ª, de 14 de mayo de 2009 (*La Ley* 160646/2009); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 24 de junio de 2009 (*La Ley* 147824/2009), y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 9 de julio de 2007 (*La Ley* 177281/2007). Asimismo, vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 15 de julio de 2002 (*JUR* 2002/245085).

(63) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 69-70.

(64) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 28 de septiembre de 1992 (*AC* 1992/1175), se solicita por parte de los abuelos paternos la privación de la potestad de su nuera sobre su hijo (nieto) por la existencia de malos tratos susceptibles de poner en peligro la integridad corporal y psíquica del menor; la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 26 de febrero de 1999 (*AC* 1999/3732), un niño de cuatro años que presenta signos de maltrato como hematomas, erosiones, quemaduras de cigarrillos y que, además, carece de la mínima atención que su corta edad exige, pues, como se afirma en la sentencia solía deambular solo por la calle, durmiendo o incluso mendigando en ella; la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 10 de abril de 2000 (*AC* 2000/4510), solicitan los abuelos paternos la privación de ambos progenitores, pues el menor presentaba estado de desnutrición, había sido maltratado, e incluso, durante una semana vivió en el interior de un vehículo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4.ª, de 14 de julio de 2000 (*AC* 2000/2046); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 6 de octubre de 2000

se incluyen conductas de los padres sobre sus hijos como el trato denigrante, las amenazas, insultos, etc. (65). Aunque habitualmente vienen acompañados de malos tratos físicos.

Ahora bien, la especial dependencia afectiva y biológica de los menores de edad con sus padres, o incluso con un familiar cercano, hace que los malos tratos a estas personas pueden también derivar en secuelas psíquicas para aquellos. Estamos ante un daño moral y psíquico al menor, derivado del comportamiento delictivo de uno de los progenitores frente al otro, o respecto de cualquier otro familiar o pariente/s (66). De ahí que sea doctrina reiterada en el Tribunal Supremo que la condena de un cónyuge por delito de homicidio o asesinato de su otro cónyuge (parricidio) sea causa de privación de la potestad (67). En cambio, aun existiendo una conducta violenta entre los progeni-

(AC 2001/39), situación de violencia vivida por el menor; la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 4.^a, de 9 de julio de 2002 (*JUR* 2002/270663), numerosas denuncias de agresiones y malos tratos que afectan a las madres y a las hijas comunes mayores de edad, existiendo una sentencia penal por un delito de maltrato familiar y de episodios de agresividad que se desarrollan en ocasiones en presencia de los hijos menores; la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 27 de julio de 2002 (*AC* 2002/1158), padre condenado por un delito continuado de abusos sexuales sobre su hija e inhabilitado para el ejercicio del derecho de patria potestad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 15 de julio de 2002 (*JUR* 2002/245085); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 18 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/105214); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 20 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/92645), maltrato prenatal sufrido por el menor; la sentencia de la misma Audiencia y sección, de 4 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/141013); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 6 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/141898).

(65) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 10 de febrero de 2000 (*AC* 2000/1135); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de octubre de 2000 (*AC* 2001/39); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 5 de febrero de 2002 (*AC* 2002/210); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 12 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/186517); y de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 26 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/144898), comportamiento manipulador y alienador del padre. Existe en el padre el denominado síndrome de alienación parental (SAP), en su modalidad más grave.

(66) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 1.^a, de 29 de julio de 1999 (*AC* 1999/1644); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 5 de febrero de 2002 (*AC* 2002/210); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 21 de julio de 2004 (*JUR* 2004/305912); de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3.^a, de 24 de febrero de 2005 (*JUR* 2006/31994); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 3.^a, de 3 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/225680).

(67) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 1993 (*RJ* 1993/478); de 22 de julio de 1994 (*RJ* 1994/5524), padre condenado por un delito de parricidio de su esposa de veinticuatro años de reclusión mayor. Se le priva de la potestad de sus hijas en las tres instancias; de 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9223), el padre mata a su esposa. La guarda del niño se atribuye a su tía materna, que demanda la privación de la potestad del padre. Se accede, igualmente, a la petición en las tres instancias. Se dispone que existe «una auténtica necesidad de privar de la potestad a quien guiado de sus arrebatos y frustraciones, ha cercenado a su hijo de una de sus más trascendentales derechos» (*Fdo. Dcho.* 2.º); y de 2 de octubre de 2003 (*RJ* 2003/6400). Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.^a, de 5 de julio de 1990 (RGD 1991, pág. 1792); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13.^a, de 10 de mayo de 1991 (RGD octubre-noviembre de 1991, pág. 9282); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 8 de abril

tores, si ésta no tiene lugar en presencia del menor, no se optará por aplicar como medida la privación de la patria potestad, pues previsiblemente no existirá perjuicio, ni riesgo en el adecuado desarrollo del menor, que desconoce la existencia de tal situación conflictiva.

Dentro de la falta de un adecuado cumplimiento de los deberes paterno-filiales se incluyen, asimismo, tal como hemos precisado, aquellos que suponen desatención, abandono, de los menores, consecuencia de una total desidia o desinterés en afrontar y cumplir con los deberes de alimento, compañía, educación, cuidado que corresponde a quienes ejercen la patria potestad, poniendo en riesgo o peligro la propia subsistencia del menor, a la par que un completo desarrollo de su personalidad (68). Estos supuestos de desatención, de abando-

de 1994 (AC 1994/981); la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 30 de septiembre de 1999 (AC 1999/1872); la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 8 de marzo de 2003 (JUR 2003/231241); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 29 de junio de 2004 (JUR 2005/1797), de un padre condenado por parricidio de la esposa; la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 20 de julio de 2004 (AC 2004/1039); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 4 de marzo de 2005 (JUR 2005/90496).

En el mismo orden, el hecho de que una persona sea condenada por un delito de lesiones a su cónyuge que, además, se ha ocasionado en presencia de los hijos menores es causa de privación de la patria potestad, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 19 de enero de 1998 (AC 1998/95), condena al padre por una falta de lesiones por maltratar a su esposa en presencia de sus hijos en el domicilio familiar; solicitud por la mujer de la privación de la patria potestad sobre sus hijos, a la que accede la Audiencia; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 29 de julio de 1999 (AC 1999/1644), continuos malos tratos del marido hacia su esposa en presencia de su hijo. Se solicita por la madre la privación de la patria potestad del padre. La Audiencia confirma la sentencia de instancia que priva al padre de la potestad sobre su hijo.

(68) Vid. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2002/7868), el padre y la madre de cinco niñas desatienden de forma manifiesta a las menores, que presentan un retraso intelectual evidente; de 11 de octubre de 2004 (La Ley 211395/2004); y de 12 de julio de 2004 (La Ley 165139/2004); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 1 de julio de 1992 (AC 1992/1004); la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 2.ª, de 29 de noviembre de 1995 (AC 1995/2229), abandono psíquico y material o de ayuda por parte del padre a su hija. No consta en modo alguno el intento o intención de aquel de recuperar a su hija, ni siquiera de visitarla o tenerla en su compañía durante algún período, o al menos de interesarse por ella, siendo indudable que padre e hija no se han visto y hablado en muchos años; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 25 de julio de 1996 (AC 1996/2563); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996/472), abandono del hogar por la madre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 3.ª, de 31 de diciembre de 1999 (JUR 2000/87802); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 18 de enero de 2000 (AC 2000/157), desatención del progenitor de la menor desde que contaba con dos años de edad, sin que haya reanudado el contacto personal y directo desde esas fechas. Se da un abandono material o moral de las obligaciones del padre con su hija. Falta de contribución a su sostenimiento económico; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 4 de abril de 2000 (JUR 2000/234360); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5.ª, de 27 de junio de 2000 (JUR 2000/284306), desinterés manifiesto que ha mostrado el padre, pues, no sólo es incapaz para el ejercicio correcto de la patria potestad, sino que más concretamente ha incumplido sistemáticamente sus deberes de velar por ella, alimentarla, educarla y procurarle la mejor formación posible; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 2.ª, de 26 de septiembre de 2000 (JUR 2000/301809); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ba-

no, pueden ser referidos a uno solo o a ambos progenitores, y, pueden derivar en una situación administrativa de desamparo, y en la asunción de la tutela automática por parte de las entidades públicas que en el respectivo territorio tienen encomendadas la protección de menores (art. 172 del Código Civil), con las consiguientes medidas de acogimiento y adopción del menor que, desde las mismas se puede adoptar en interés precisamente del menor (69).

dajoz, sección 3.^a, de 20 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/10631), desatención del menor desde el mismo momento del nacimiento, entrega del niño a una mujer que no conocía, falta, incluso de inscripción en el Registro Civil; la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 1.^a, de 22 de noviembre de 2000 (*AC* 2001/1045), desatención grave y reiterada tanto en lo personal como en lo material del menor que desde su nacimiento quedó bajo el cuidado de sus tíos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, de 23 de marzo de 2001 (*AC* 2001/1445); la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.^a, de 18 de abril de 2002 (*JUR* 2002/166555); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 4.^a, de 15 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/236412); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.^a, de 10 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/263379); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 16 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/113512); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, de 10 de enero de 2003 (*JUR* 2003/114178); la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 4.^a, de 27 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/196833); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 7.^a, de 31 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/159057); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 3 de junio de 2003 (*JUR* 2004/100); la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.^a, de 12 de diciembre de 2003 (*AC* 2003/1834); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 2 de julio de 2004 (*JUR* 2004/315595); la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.^a, de 11 de octubre de 2004 (*JUR* 2004/286029); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 8 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/69343); la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.^a, de 4 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/170959); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.^a, de 18 de octubre de 2006 (*JUR* 2006/278071); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 16 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/137029); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 28 de febrero de 2008 (La Ley 40414/2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.^a, de 20 de octubre de 2008 (La Ley 233383/2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 26 de marzo de 2009 (La Ley 13800/2009); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.^a, de 1 de julio de 2009 (La Ley 122302/2009).

No obstante, si la desatención es puntual y previsiblemente temporal no se aprecia como causa de privación de la potestad. Se arbitra la protección del menor, en estos casos, mediante instituciones que no impliquen la extinción de los vínculos paterno-filiales, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 29 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/9852).

Asimismo, aunque uno de los progenitores que no convive con el menor incumpla su deber de alimentos y visita al hijo menor de edad, si el menor está correctamente atendido por el otro progenitor, no se aprecia tampoco la necesidad de privar de la patria potestad al padre incumplidor de sus deberes. Se fundamenta en que la privación no va a suponer al menor beneficio alguno. Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/4371); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 19 de diciembre de 2000 (*AC* 2001/74).

(69) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 23 de mayo de 2005 (La Ley 114792/2005), menor entregada después de nacer a la Administración para su cuidado, tutela pública y acogimiento preadoptivo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 28 de septiembre de 1992 (*AC* 1992/1175); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 26 de julio de 2001 (*AC* 2001/1445), niño prematuro abandonado por sus padres que tienen una capacidad psíquica disminuida en el hospital al poco de nacer. Durante cinco años permanece en un centro de acogida, donde espo-

Por otra parte, la imposibilidad física e imposibilidad moral del cumplimiento de los deberes paterno-filiales puede ser consecuencia también de una ausencia prolongada del titular de la patria potestad en los supuestos de falta de libertad por ingresar en prisión (70); o por encontrarse en paradero desconocido, o por no tenerse noticias ciertas de su situación y residencia (71). Como, igualmente, la falta de idoneidad del titular de la patria potestad motivado por circunstancias personales de los padres que impliquen dificultades objetivas para asumir las obligaciones derivadas de la potestad, bien por ausencia de

rádicamente han visitado los padres biológicos al hijo y han demostrado que carecen de aptitudes para interactuar con él. Para evitar la cronificación del acogimiento residencial, se insta la constitución de un acogimiento preadoptivo y se aprecia que los padres están incurso en causa de privación de la potestad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 1.ª, de 15 de julio de 2000 (*JUR* 2000/296091); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 19 de abril de 2001 (*JUR* 2001/172535); la sentencia de la misma Audiencia y sección, de 9 de junio de 2005 (*JUR* 2005/154718); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 12 de julio de 2005 (*JUR* 2005/233527); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 22 de enero de 2009 (La Ley 124557/2009).

(70) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 20 de enero de 1993 (*RJ* 1993/478) padre en prisión provisional por un presunto delito de parricidio. El abuelo materno pide la privación de la patria potestad del padre, a la que se accede, argumentando al respecto el Tribunal Supremo que la privación se acuerda por incumplimiento de la función paterno-filial por imposibilidad física o moral de su ejercicio, pues, basta para la privación de la potestad el dato fáctico de que desde un establecimiento penitenciario no se puede dar cumplimiento integral de las facultades del artículo 154 del Código Civil; la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 24 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3941); la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 7 de octubre de 1994 (*AC* 1994/2398), ingreso en prisión de ambos progenitores por hechos propios del tráfico de drogas; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de marzo de 1995 (*AC* 1995/570), cumplimiento por el padre de una pena de treinta años; la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 2 de septiembre de 1996 (*AC* 1996/1769); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.ª, de 14 de julio de 1999 (*AC* 1999/8839); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 16 de octubre de 2002 (*JUR* 2002/284317); la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 20 de julio de 2004 (*AC* 2004/1039); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 29 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/55839); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, sección 4.ª, de 28 de julio de 2010 (La Ley 129850/2010).

Sin embargo, en alguna sentencia se ha considerado que el hecho de estar en prisión no es causa de privación de la patria potestad, ya que no determina necesariamente un incumplimiento de los deberes paterno-filiales dañoso para los hijos. Vid., en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 24 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3941), hombre que ingresa en prisión a los pocos días de nacer el hijo, y es condenado por un delito de robo con homicidio a treinta años de cárcel. Se solicita por la madre la privación de la patria potestad, tras denegarla en primera instancia, se le concede en apelación. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia, pues considera que «no se puede saber si es buen padre o no por inexistencia de relación y ni por voluntaria inhibición». Vid., también en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, de 20 de marzo de 2000 (*AC* 2000/557); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 16 de octubre de 2002 (*JUR* 2002/284317); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 18 de marzo de 2003 (*AC* 2003/824).

(71) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 29 de noviembre de 1995 (*AC* 1995/2229); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (*AC* 1996/472); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 22 de mayo de 1998 (*AC* 1998/1149).

medios económicos y de vivienda (72), o por la drogodependencia o alcoholismo de los padres (73), o por enfermedades psiquiátricas o graves trastornos de la personalidad (74); o por la propia incapacidad de un progenitor o progenito-

(72) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de julio de 2004 (La Ley 165139/2004); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 20 de mayo de 1996 (AC 1996/944); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 18 de junio de 2003 (JUR 2003/190763); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.ª, de 5 de noviembre de 2009 (La Ley 224488/2009).

(73) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 7 de octubre de 1994 (AC 1994/2398), se priva a ambos progenitores de la patria potestad por ser toxicómanos y no estar en condiciones para cumplir con sus obligaciones paterno-filiales; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 16 de enero de 1998 (AC 1998/37) relación de la madre con el mundo de las drogas, hallándose el padre en período de desintoxicación; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 10 de marzo de 1999 (AC 1999/592), el padre y la madre son drogadictos y no atienden a sus hijos en los que constituyen sus necesidades básicas, alimentación, higiene, cuidados médicos y atención personal; la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4.ª, de 14 de julio de 2000 (AC 2000/2046), alcoholismo y deficiencias socio-culturales en el padre de los menores; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 23 de octubre de 2000 (JUR 2001/44573), padre adicto a las drogas que cumple condena en un centro penitenciario; la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, de 11 de noviembre de 2000 (JUR 2001/76811), drogodependencia de ambos progenitores; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 4 de enero de 2001 (JUR 2001/219187), padre toxicómano y madre ingresada en prisión; la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/139719), padres inmersos en la drogadicción; la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 16 de mayo de 2001 (AC 2001/1641); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 1.ª, de 30 de mayo de 2001 (AC 2001/1458); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de junio de 2001 (AC 2001/1876); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 2.ª, de 3 de julio de 2001 (JUR 2001/264400); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 3.ª, de 25 de octubre de 2001 (JUR 2001/332429), sometida la madre a un programa con tratamiento de metadona; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003/196273); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 2 de julio de 2004 (AC 2004/2211), privación a la madre aquejada de toxicomanías y afectada por una profunda depresión, con períodos de rehabilitación y recaídas que le imposibilitan para tener en su compañía a su hija; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 5 de julio de 2004 (JUR 2004/306106).

No se priva, en cambio de la patria potestad, aún siendo la madre toxicómana y haber ejercido la prostitución, pues, no concurre situación de peligro para el menor al estar acogida por los abuelos y la madre ha iniciado un tratamiento de deshabitación, por lo que se presume que podrá asumir sus deberes, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 27 de enero de 1999 (AC 1999/43). En el mismo sentido, se pronuncian la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 2 de junio de 2000 (AC 2000/5123); la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 29 de noviembre de 2002 (AC 2002/2271); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 12 de febrero de 2003 (JUR 2003/131695), entre otras.

(74) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 18 de septiembre de 1997 (AC 1997/1751), mientras que el padre sufre demencia mental con brotes de agresividad, la madre sufre oligofrenia media agravada por su dependencia alcohólica; la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 6 de julio de 1998 (AC 1998/1560), madre con antecedentes depresivos de bulimia e intentos de suicidio; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de octubre de 1998 (AC 1998/1814), la madre sufre trastornos graves de la personalidad que le impiden atender adecuadamente a su

res, siempre que en todos estos casos, se cause un daño, poniendo en peligro o riesgo al menor (75).

En todo caso, desde la enumeración expuesta, el incumplimiento de los deberes o su cumplimiento defectuoso por los padres que da lugar a la privación de la patria potestad por causar daño o perjuicio en el menor, opera en lo que representa exclusivamente la esfera personal del menor; y, aunque corresponde a los padres la representación de los menores y la administración de sus bienes, un incumplimiento de tales facultades, no deriva necesariamente en una privación de la patria potestad. El propio ordenamiento proporciona instrumentos que puedan paliar los efectos negativos que determinadas decisiones de los padres puedan tener sobre la esfera patrimonial del menor, así el artículo 167 del Código Civil posibilita la adopción de providencias, exigir caución o fianza para continuar la administración o nombrar administrador, cuando la gestión o administración de los padres ponga precisamente en peligro el patrimonio del hijo; o la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 158 del mismo cuerpo legal (76). De optarse, no obstante, por aplicar una medida que suponga privación, será una privación parcial que alcance exclusivamente a la facultad de administración (77).

Ahora bien, para que surta efecto la privación de la patria potestad, no resulta necesario que al incumplimiento de los deberes de los que son titulares los padres, se exija, asimismo, una culpabilidad o negligencia en su actuación, o un comportamiento doloso de los progenitores (78). En consecuencia, para que proceda la medida de la privación no es necesario probar además de la

hijo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 18 de septiembre de 2000 (AC 2001/37), padecimiento de esquizofrenia de tipo esquizoafectivo grave que le imposibilita a la madre el ejercicio propio de la patria potestad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 2 de marzo de 2001 (AC 2001/491), madre afectada por una deficiencia psíquica, que carece de vivienda, recursos económicos y de condiciones higiénicas mínimas, utiliza a su hija menor para la mendicidad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 10 de mayo de 2001 (JUR 2001/262646), enfermedad mental y desconocimiento del paradero del padre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003/196273), el padre, aparte de su adicción a la droga, presenta un trastorno disocial de la personalidad, según los informes clínicos aportados; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003/196273), trastorno social de la personalidad con adicción a las drogas de las que se han derivado situaciones de peligrosidad en el entorno familiar; y la sentencia de la misma Audiencia y sección, de 13 de noviembre de 2003 (JUR 2004/76633), enfermedad mental del padre sin sometimiento voluntario a tratamiento psiquiátrico. Ausencia de habilidades educativas y rechazo de su figura por los hijos acreditado pericialmente.

(75) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 30 de abril de 1993 (AC 1993/476).

(76) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 (RJ 1987/6716).

(77) El *parágrafo 1666* del BGB contempla de forma explícita la privación total o parcial de la potestad patrimonial, cuando señala que: «1. En caso de puesta en peligro del bienestar corporal, espiritual o psíquico del hijo o del patrimonio de éste por causa del ejercicio abusivo del cuidado paterno debido a negligencia de los padres respecto del hijo, o bien por error humano no culpable de éstos, o bien por el comportamiento de un tercero, el Tribunal familiar adoptará las medidas pertinentes en orden al cese del peligro siempre que los padres no quieran o no se encuentren en condiciones de hacerlo por sí mismos».

(78) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de mayo de 2007 (La Ley 149869/2007).

conurrencia de una causa objetiva «*incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad*», la existencia de un comportamiento o actitud («causa subjetiva») en el progenitor al que se pretende despojar de la potestad determinante de su imputabilidad en orden al referido incumplimiento. Se requiere simplemente la causación de un daño o perjuicio derivado de una conducta inculpidora. Se opera sobre criterios de imputación objetiva y no subjetiva. Simplemente, esta medida de protección que supone la privación en la patria potestad actúa sobre la base de un daño ocasionado a un hijo menor de edad por quienes están obligados a procurar su bienestar y protección, sin influir para ello la calificación de este comportamiento. Basta la imputación objetiva de una conducta que ha generado daño o perjuicio en la situación de un hijo menor de edad, para que resulte aplicable esta medida. Lo determinante es la entidad del perjuicio que un incumplimiento de los deberes inherente a la patria potestad por los progenitores puede producir en el bienestar del hijo menor de edad, con independencia de cómo se quiera calificar tal comportamiento, no garante de los derechos de aquellos; y, por supuesto, con independencia de que tal daño o perjuicio haya sido consecuencia de la actuación de terceras personas; o sin su participación, haya derivado en una falta de intervención, esto es, en una omisión en el cumplimiento de los deberes básicos que forman parte del derecho-función, que representa la patria potestad (79).

(79) Vid., en este sentido, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 111-112; REBOLLEDO VARELA, A. L., «La privación de la patria potestad», en *Aranzadi Civil*, 1995, T. I, vol. I, págs. 70-71. Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 23 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/1130); de 24 de abril de 2000 (*RJ* 2000/2982); y de la Sala 2.ª, de 30 de mayo de 2001 (*RJ* 2001/6359).

El BGB hace referencia en el párrafo 1666, ya citado, tanto a la conducta voluntaria como involuntaria de los padres cuando hace referencia a la puesta en peligro del bienestar del hijo. Igualmente, el artículo 378-1 del *Code Civil* cuando dispone: «*Peuvent être déchus de l'autrité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle, d'inconduite notoire ou de délinquance, soit par in défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.*

Peuvent pareillement en être déchus, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7.».

En contra se manifiestan quienes son partidarios del carácter sancionador de la privación de la patria potestad, que consideran necesario aplicar parámetros culpabilistas y penales para apreciarla. Vid. SEISDEDOS MUÑO, A., «Suspensión *versus* privación de la patria potestad...», *op. cit.*, pág. 559; VALLADARES RASCÓN, E., «La tutela de menores en relación con el concepto legal de desamparo», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. II, Editorial Centro Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 2051-2052; VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994, pág. 16; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, págs. 231-232, para quien, «no cabe presumir el incumplimiento para acordar la privación de la patria potestad, sino que éste debe ser injustificado; lo que supone, en definitiva, la necesidad no sólo de probar la concurrencia de una causa objetiva («*incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad*») justificativa de la privación, sino, además, la existencia de un comportamiento o actitud (subjetiva) en el progenitor al que se pretende despojar de la potestad paterna determinante de su imputabilidad en orden al referido incumplimiento». En la doctrina italiana, SESTA, M., *Trattato di Diritto Privato. Il diritto di famiglia. La filiazione*, T. III, vol. IV, G. Giappicheli Editore, Torino, 1999, pág. 248. Vid., asimismo, en esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987/6716).

4.5. SUPUESTOS LEGALES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ÁMBITO PENAL

A diferencia del Código Penal de 1973, que preveía expresamente la posibilidad de que los tribunales penales pudieran privar del derecho de patria potestad ante determinados delitos; el Código Penal de 1995, sin embargo, no contempla expresamente dicha posibilidad. Así, el artículo 39 hace referencia entre las penas privativas de derechos a la inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad y el artículo 46 delimita su alcance. Se trata de una medida temporal, esto es, por el tiempo que dure la condena, y, asimismo, derivado de esta temporalidad, se posibilita la recuperación automática de los derechos inherentes a la potestad, una vez transcurrido el tiempo de duración de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (80). Aunque, en principio, la pena de inhabilitación alcanza al hijo menor de edad víctima del delito, nada impide que se amplíe su alcance a todos aquellos que estén sometidos a la patria potestad del condenado (art. 220.4 del Código Penal) (81).

Esta inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad puede calificarse jurídicamente como pena principal, accesoria o como medida de seguridad (82). Como *pena principal* en delitos como tráfico de menores (art. 221), de cuatro a diez años (83); de sustracción de menores (art. 225 bis) (84); de suposición de parto, ocultación, entrega o sustitución para alterar la filiación (arts. 220-221) (85); de abandono de menores y delito de utilización o tráfi-

(80) En esta línea, LÓPEZ BARJA QUIROGA, J., «Comentario a los artículos 39 a 49 del Código Penal», en *Comentarios al Código Penal dirigidos por Manuel Cobo del Rosal*, T. III, Edersa, Madrid 1999, pág. 121.

Vid., asimismo, la Disposición Adicional 2.^a del Código Penal.

(81) Vid., entre otros, POZUELO PÉREZ, L., *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid, 1998, págs. 56-57; ALCALÉ SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 200-201. Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 19 de febrero de 2000 (RJ 2000/1141); y de 7 de junio de 2000 (RJ 2000/6303).

En contra, VALLDECABRES ORTIZ, I., «Comentario al artículo 46 del Código Penal», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, coordinador Tomás S. Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 330; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 134-135.

(82) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 139-164.

(83) Modificado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

(84) Aunque el Código Penal ya no tipificó este delito; no obstante, agravó las penas del delito de detención ilegal o secuestro en los casos en que la víctima del mismo era un menor de edad o incapaz (art. 165). La Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores (BOE, 11 de diciembre de 2002), tipifica de nuevo como delito la sustracción de menores y en el nuevo artículo 225 bis establece como pena principal la prisión de dos a cuatro años y la inhabilitación para el ejercicio del derecho de la patria potestad con carácter preceptivo. Dispone expresamente: «1. *El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad por el tiempo de cuatro a diez años.*».

(85) El artículo 220.4 impone a los ascendientes que cometieran estos hechos delictivos la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad de cuatro a diez años sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes.

co de menores para la mendicidad (arts. 229 a 232) (86); de incumplimiento de los deberes legales inherentes a la patria potestad (art. 226), con una pena de inhabilitación de cuatro a diez años (87); de delito contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 178 a 190) (88), por disposición del artículo 192.2 del Código Penal; de delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar (arts. 153 y 173) (89), y de delito de lesiones (art. 149) (90). Como *pena accesoria*, si se ha solicitado expresamente y se han motivado los requisitos legales que exige su imposición, en las penas de prisión inferiores a diez años, podrán los jueces, atendiendo a la gravedad del delito, imponer la «*inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia*

(86) El artículo 233 prevé la imposición de los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 a 232 de la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad de cuatro a diez años, si lo estima oportuno, en atención a las circunstancias del menor. Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 15 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/9785); y de 4 de octubre de 2001 (*RJ* 2001/8573).

(87) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 22 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/2589).

(88) Modificados por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de Reforma del Código Penal (*BOE*, núm. 104, de 1 de mayo de 1999); y de nuevo, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y por la Ley Orgánica de 15/2003, de 25 de noviembre.

Establece el artículo 192.2 la posibilidad de que el juez imponga en las condenas relativas a todos los delitos del Título VIII, «razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad en estos delitos y exige que la sentencia que la imponga razone la imposición de esta pena. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 26 de enero de 1999 (*RJ* 1999/949); de 9 de octubre de 2000 (*RJ* 2000/6303); y de 20 de julio de 2001 (*RJ* 2001/7295); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 9 de mayo de 1995 (*AC* 1995/1073); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 6 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/141898); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.^a, de 3 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/108728).

(89) Modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. El artículo 153 dispone: «*El que por cualquier medio o procedimiento causara otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos... será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días..., así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años*». Y el artículo 173.2: «*El que habitualmente ejerza la violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación por naturaleza, adopción o afinidad..., será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años...*».

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 4.^a, de 9 de julio de 2002 (*JUR* 2002/270663); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 1 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/227446).

(90) Modificado por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Permite que el Juez imponga en estos delitos la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código» (art. 56.3). En todo caso, como dispone el artículo 79 del Código Penal, ha de constar en la sentencia para que puedan ejecutarse (91).

Finalmente, como *medida de seguridad* aparece contemplada en el artículo 107 del Código Penal (92). Se exige para su aplicación tanto la comisión de un delito en relación con el ejercicio de la potestad de los padres; como la existencia de un peligro, consistente en que el sujeto vuelva a cometer este mismo delito u otros semejantes. Se fundamenta, pues, la imposición de esta medida en la probabilidad de que se reincida en la comisión de aquellos, esto es, en el actuar delictivo del sujeto. De ahí que se constituya como un instrumento adecuado de prevención especial (93).

No obstante lo anterior, también hay que tener en cuenta que el Tribunal que enjuicia la causa penal puede acordar la privación de la patria potestad, cuando la medida tenga conexión con el tipo penal en cuestión, aunque aquélla no se prevea como pena accesoria, por ejemplo, en los delitos relativos a la violencia familiar —art. 153 del Código Penal—, o en el supuesto de homicidio o asesinato de un progenitor cometido por el otro —arts. 138 y 139 del Código Penal—, siempre y cuando lo exija el interés del menor.

En este contexto, el artículo 170 del Código Civil ha de ser interpretado a la luz de las circunstancias que rodean cada caso para proceder en consecuencia a la aplicación de la medida que supone la privación de la patria potestad, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho. De ahí que se puede imponer como pena principal, accesoria o como medida de seguridad, a la pena impuesta a todo recluso privado de libertad por un tiempo razonable al efecto, no sólo cuando la víctima de la comisión de delito sea el propio hijo, o su cónyuge, sino también cuando la condena es consecuencia de cualquier otro delito (94).

(91) Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, coordinador: Luis GRACIA MARTÍN, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 79; DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 226. Asimismo, vid. las sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 2001 (RJ 2001/6359); de 19 de julio de 2001 (RJ 2001/6503); y de 21 de mayo de 2003 (RJ 2003/5491). No se impone, sin embargo, como pena accesoria cuando el delito no es de prisión, sino que se trata de una multa, vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 25 de marzo de 1996 (RJ 1996/2192); y de 19 de mayo de 2000 (RJ 2000/4896).

(92) Dispone este precepto: «El juez o tribunal podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes, pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer ese delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1, 2 y 3 del artículo 20».

(93) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 154-155.

(94) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/478), se priva al padre por imposibilidad física y moral de ejercer la patria potestad al haber sido condenado por el parricidio de su esposa; de 24 de mayo de 2000 (La Ley 107167/2000), se impone la privación al ser condenado el padre a una pena de larga duración; y de 2 de octubre de 2003 (La Ley 10396/2004), igualmente, se

Por otra parte, la previsión contenida en el artículo 170 del Código Civil hay que entenderla como una norma de remisión a los supuestos en los que, de acuerdo con las previsiones del Código Penal, puede imponerse la medida por la que se priva al progenitor de su potestad sobre los hijos menores como pena accesoria (95).

procede a la privación de la patria potestad al padre por delito de parricidio contra la madre; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 9 de mayo de 1995 (AC 1995/1073), en el que procede la privación al ser condenado el padre por los delitos de estupro y abusos deshonestos cometidos sobre la otra hija del matrimonio; la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 30 de septiembre de 1999 (AC 1999/1872), asimismo, procede la privación en sentencia dictada en causa criminal en la que condena al padre por delito de parricidio cometido en la persona de su esposa, madre de los menores; la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 4.ª, de 9 de julio de 2002 (JUR 2002/270663), privación por sentencia dictada en causa criminal ante el comportamiento familiar del padre que ha derivado en numerosas denuncias por agresiones y malos tratos que afectan a la madre y a las hijas comunes, existiendo una sentencia penal por delito de maltrato familiar; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 29 de julio de 2004 (JUR 2005/1797), sentencia dictada en causa criminal, condenando al padre como autor de la muerte de su mujer, de la que estaba separado; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 1 de marzo de 2006 (JUR 2006/227446), condena como autor de un delito continuado de quebrantamiento de condena de medida cautelar y delito de amenazas y por un delito de violencia psíquica habitual con prohibición de acercarse a la actora y a su hija; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 19 de febrero de 2008 (La Ley 27926/2008), privación al padre de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad, y nombramiento de los abuelos maternos como tutores, como consecuencia de la violencia ejercida por el padre sobre la madre con resultado de muerte; la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 20 de octubre de 2008 (JUR 2009/51091), condenado a pena privativa de libertad por delitos comunes; la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 19 de diciembre de 2008 (La Ley 282097/2008), el padre está incurso en un procedimiento penal por delitos continuados de abusos sexuales, exhibicionismo y provocación sexual respecto a sus hijos. La exploración judicial de los menores revela el temor e incluso el pánico de los hijos menores a ver a su padre; la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 20 de enero de 2009 (La Ley 17811/2009), condenado como autor de un delito continuado de abuso sexual y una falta de malos tratos al hijo de su entonces compañera y hermano de su hijo; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 8 de mayo de 2009 (La Ley 81998/2009), procede la privación al padre de la patria potestad por concurrir causa grave fundada no sólo en la condena penal por maltrato a su esposa y en las órdenes de alejamiento que pesan sobre él, sino también en el incumplimiento de las obligaciones de atención material y moral que le corresponden. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.ª, de 23 de enero de 2008 (La Ley 88374/2008), se considera que los hechos por los que fue condenado como autor de un delito de amenazas frente a mujer en presencia de la hija y en el domicilio familiar, no tienen suficiente relevancia en relación a la hija como para poder privar al padre de su patria potestad, situados en el contexto en que se produjeron, pues, tuvieron lugar cuando la pareja estaba enfrentada.

(95) MONTES PENADES, V. L., «Comentario al artículo 170 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1137. Es por lo que precisan, al respecto, Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 269, que «aun cuando el Código no lo dice, no constituye esta disposición del artículo 170 una habilitación a los tribunales penales para adoptar medidas en orden a los hijos del reo».

4.6. CAUCES PROCESALES PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 170 del Código Civil hace referencia a tres distintos procedimientos para solicitar la medida de privación de la patria potestad: procedimiento *ad hoc* cuyo objeto principal lo constituye precisamente la adopción de esa medida; en un procedimiento matrimonial, y, finalmente, en un proceso penal, a ellos nos referiremos a continuación brevemente (96).

Por su parte, el artículo 236-6.3 del Código Civil catalán dispone, al respecto, que: «*La privación de la potestad parental debe decretarse en un proceso civil o penal y es efectiva desde que la sentencia deviene firme, sin perjuicio de que pueda acordarse cautelarmente suspender su ejercicio*». Establece, de forma novedosa, la posibilidad de adoptar como medida cautelar la suspensión de la patria potestad:

A) *Procedimiento ad hoc de privación de la patria potestad*. Aunque la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no establece expresamente un procedimiento especial para la privación de la patria potestad, existe un sentir mayoritario en la doctrina de considerar como cauce adecuado el declarativo ordinario *ex* artículo 249.2 LEC (97), por ser aquella medida una materia que afecta al estado civil de las personas, de carácter indisponible y no susceptible de valoración económica, esto es de cuantía inestimable (98). Si bien, no faltan

(96) Si bien, como ha observado la doctrina, la sentencia que pone fin a alguno de estos procedimientos goza de carácter constitutivo respecto de la privación de la potestad paterna, a diferencia de la resolución que dictamina la exclusión de la patria potestad en los supuestos recogidos en el artículo 111 del Código Civil, que implica una privación *ab initio* de la patria potestad y demás funciones tuitivas de forma automática, por imperativo legal, quedando apartado el excluido de los derechos hereditarios, legales o testamentarios que pudieran corresponderle. Vid. ZURITA MARTÍN, I., «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», *op. cit.*, pág. 868; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, págs. 334-335; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Comentario al artículo 111 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART, T. III, vol. I, Edersa, Madrid, 2.ª ed., pág. 81. Asimismo, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 1999 (RJ 1999/746); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.ª, de 1 de abril de 2003 (JUR 2003/203412); la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.ª, de 20 de octubre de 2003 (JUR 2003/271564); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 2 de junio de 2008 (La Ley 126230/2008); el Auto de la misma Audiencia, sección 1.ª, de 20 de abril de 2009 (JUR 2009/294019); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, de 23 de julio de 2009 (La Ley 170391/2009). En el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.ª, de 29 de julio de 2003 (JUR 2003/220354), se considera cauce inadecuado para solicitar la patria potestad el expediente de jurisdicción voluntaria.

(97) El artículo 248.1 de la LEC establece la salvaguarda general de que se decidirá en proceso declarativo «*toda contienda judicial que no tenga señalada por la Ley otra tramitación*».

(98) Vid. MONTERO AROCA, J., «Comentario al artículo 92 del Código Civil», en *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, T. II, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 1105-1106; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 230-231, entre otros. Asimismo, vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 2 de junio de 2005 (JUR 2005/207959).

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.ª, de 29 de julio de 2003 (JUR 2003/220354), pone de manifiesto en su *Razonamiento jurídico* 2.º,

quienes, a la vista de la legislación vigente, optan por considerar que este procedimiento debe sustanciarse con arreglo al proceso declarativo especial del Capítulo IV: «De los procesos matrimoniales y de menores», del Título I del Libro IV titulado: «De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», artículos 748 y 753 (99).

La jurisdicción competente es la civil (arts. 9 y 22.3 LOPJ), atribuyéndose a los jueces de familia donde los haya, o a los jueces de primera instancia la competencia objetiva para enjuiciar la privación de la patria potestad de los progenitores (arts. 45 y 46 LEC). Asimismo, la competencia territorial corresponde al juez del domicilio del demandado, según establece el artículo 50 LEC. Si aquel no tiene su domicilio ni residencia en España, se acude al juez del domicilio del actor.

En cuanto a las partes intervinientes en el proceso, la *legitimación activa* a falta de una mención específica de aquella en la legislación, corresponde aplicar analógicamente lo dispuesto respecto las acciones innominadas de protección del menor contenidas en el artículo 158 del Código Civil. De forma que están legitimados los progenitores del menor de edad, hayan o no contraído matrimonio; el propio menor de edad no emancipado, si bien, su falta de capacidad procesal al no estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles tal como exige el artículo 7.1 LEC, determina que deberá comparecer en juicio por medio de su representante legal (progenitor, tutor, curador, defensor judicial, o administración pública que ha asumido la tutela *ex lege* del menor) (100). Igualmente, tanto el citado artículo 158 como los artículos 236-3.2 y 236-6.4 del Código Civil catalán (101), legitiman a los parientes del menor de edad que se encuentre en situación de peligro para solicitar medidas judiciales de protección, entre las que se encuentra, la privación de la patria potestad (102); por último, tanto el

que el cauce adecuado no es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino por la vía de un procedimiento declarativo oportunamente terminado en sentencia.

(99) Vid. MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, con Valentín CORTES DOMÍNGUEZ y Vicente GIMENO SENDRA, Colex, Madrid, 3.ª ed., 2000, pág. 159; DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., «Los procesos civiles especiales», en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, con Andrés DE LA OLIVA y Jaime VEGA TORRES, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, págs. 410-411. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, de 23 de julio de 2009 (La Ley 170391/2009).

(100) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 1 de julio de 1992 (AC 1992/1004).

Recordemos, asimismo, que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, establece el derecho del menor de edad a ser oído en cualquier procedimiento judicial y a poder designar a persona que le represente para el ejercicio de este derecho a ser oído, cuando tenga suficiente juicio. No regula, sin embargo, con carácter general, la capacidad procesal del menor de edad no emancipado.

(101) El artículo 236-6.4 dispone que: «*Están legitimadas para solicitar la privación de la potestad parental las personas a que se refiere el artículo 236-3.2 y, en el caso de los menores desamparados, la entidad pública competente*». Esta última legitimación constituye una novedad digna de mención.

Artículo 236-3.2 señala que: «*2. La autoridad judicial puede adoptar las medidas a que se refiere el apartado 1 de oficio o a instancia de los propios hijos, de los progenitores, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, de los demás parientes de los hijos hasta el cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad y del Ministerio Fiscal*».

(102) En la práctica es frecuente que la demanda de privación de la patria potestad de los progenitores provenga de familiares del propio menor, especialmente de los *abuelos* y, otras veces, de los *tíos/as del menor* con quien éste convive para solicitar la tutela

Ministerio Fiscal como la Administración Pública que tenga encomendada la protección de menores en situación de desamparo tendrán legitimación para solicitar tal medida (103).

Por su parte, la *legitimación pasiva* corresponde a los progenitores titulares de la misma a quienes pretendan privarse de la patria potestad.

En cuanto al *objeto del proceso*, lo constituye la privación de la patria potestad a los progenitores que causan un perjuicio o daño a los hijos que, se encuentran bajo su potestad al optar por un comportamiento incumplidor; consiste, precisamente, en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad tanto respecto a los menores de edad no emancipados, como de los mayores de edad incapacitado cuya patria potestad haya sido prorrogada o rehabilitada.

Finalmente, con independencia de quien haya iniciado el procedimiento judicial de privación de la patria potestad, deben intervenir en el proceso tanto los progenitores del menor de edad, como éste y otros familiares del mismo. Asimismo, es posible la acumulación de acciones que, tienen cauces procedimentales diferentes por razones de economía procesal. En este sentido, se puede acumular en un mismo proceso la privación de la patria potestad del progenitor, la fijación de una pensión de alimentos a su cargo y la reclamación de la filiación extramatrimonial respecto a él (104). Y, últimamente, se está posibilitando la revisión de casación de las resoluciones dictadas por los Tribunales de apelación, aun constituyendo un supuesto excepcional, fundado sobre la base que, el Tribunal sentenciador ha ido más lejos de lo razonable, y, también considerando que, aunque en estos casos el juez opera con una amplia facultad discrecional de apreciación, de difícil acceso a la casación; en modo alguno se puede prescindir que, estamos ante una facultad reglada que, exige siempre en su aplicación tener presente el interés del menor; de forma que, si no se tiene en cuenta éste, puede proceder la casación (105).

del mismo. Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 5 de octubre de 1987 (RJ 1987/6716); de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/478); de 25 de junio de 1994 (AC 1994/1169) por parte de la tía materna; de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2982); y de 29 de marzo de 2001 (RJ 2001/9852). Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 16 de enero de 1998 (AC 1998/3024); la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 27 de enero de 1999 (AC 1999/43); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 23 de mayo de 2001 (AC 2001/1252). Incluso de los *proprios hermanos del menor*, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 1993 (RJ 1993/2394).

Tener, asimismo, presente la reforma operada en determinados preceptos del Código Civil 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 nietos con los abuelos (BOE, núm. 280, de 22 de noviembre de 2003, págs. 41421 a 41422).

(103) El artículo 336 del *Codice Civile* establece como personas legitimadas al otro progenitor, parientes y el Ministerio Fiscal. No se menciona al propio menor.

Dispone al respecto: «*I provvedimenti indicati negli articoli precedenti sono adottati su ricorso dell'altro genitore, dei parenti o del pubblico ministero e, quando si tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato.*

Il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte informazione e sentito il pubblico ministero. Nei casi in cui il provvedimento è richiesto contro il genitore, questi deve essere sentito».

(104) CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., «La privación de la patria potestad», 2.^a ed., op. cit., págs. 339-340.

(105) En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 19 de octubre de 1983 (RJ 1983/5333), se señala que, es posible la revisión casacional en cuanto

B) *Proceso matrimonial de nulidad, separación y divorcio*: La privación de la patria potestad de uno de los progenitores puede decretarse en la sentencia que pone fin a un proceso matrimonial con arreglo al procedimiento especial, que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 770 a 777. El artículo 92 del Código Civil permite expresamente que la sentencia de nulidad, separación o divorcio acuerde también la privación de la potestad de uno o ambos progenitores. Norma que se complementa con el artículo 170 del mismo cuerpo legal (106).

En este procedimiento especial, la solicitud de la medida de privación de la patria potestad se acumula al resto de las medidas definitivas, que acompañan a la demanda principal. La sentencia habrá de pronunciarse, en consecuencia, sobre la oportunidad o no de la medida de privación. No se puede solicitar en la fase de medidas provisionales previas (art. 771 LEC), ni en las derivadas de la admisión de la demanda (art. 773 LEC), ya que entre las medidas provisionales (art. 103 del Código Civil) no se hace referencia a la privación de la patria potestad. Además, la resolución mediante auto de las medidas provisionales excluye también que se pueda adoptar como contenido de las mismas, precisamente, la privación de la potestad, al tener necesariamente que dictarse en sentencia. Tampoco podrá convenirse que forme parte del convenio regulador, pues, no es posible un pacto sobre la privación de la patria potestad, al ser una materia de orden público que está sustraída a la libre disposición de los progenitores, siendo nulo cualquier pacto que tenga

se trata de supuestos donde el Tribunal sentenciador ha ido más lejos de lo razonable; en la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991/7447), se considera posible la casación cuando en la apreciación de las pruebas se hiciera patente un error de hecho o derecho; y en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 5 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/1495); y de 23 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/1130), se establece que en la amplia facultad discrecional del juzgador ha de tener presente siempre el interés del menor, informante tanto de la privación de la patria potestad como de su mantenimiento.

(106) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 3 de mayo de 2001 (*La Ley* 4289/2001); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2.^a, de 8 de enero de 1998 (*AC* 1998/88); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.^a, de 19 de enero de 1998 (*AC* 1998/95); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.^a, de 18 de febrero de 1999 (*AC* 1999/299); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.^a, de 20 de octubre de 1999 (*AC* 1999/1876); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 25 de mayo de 2001 (*AC* 2001/1505); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.^a, de 5 de julio de 2001 (*JUR* 2001/268239); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.^a, de 18 de abril de 2002 (*JUR* 2002/166555); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 12 de enero de 2004 (*JUR* 2004/52610); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 30 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/75420); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.^a, de 19 de abril de 2006 (*JUR* 2006/14747); y de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 3.^a, de 18 de diciembre de 2008 (*La Ley* 318494/2008). Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1.^a, de 13 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/51108), se considera improcedente la privación, pues, sólo existe un simple desinterés del padre en ver a sus hijos; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 5 de junio de 2009 (*JUR* 2009/408819), en la sentencia dictada en causa matrimonial se desestima la medida de privación de la patria potestad, alegando que ha de ser objeto ésta de interpretación restrictiva, y resulta necesario, además, para adoptar una medida tan drástica y trascendente, que concurren circunstancias excepcionales; no acreditándose en el presente caso un incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad respecto del hijo.

por finalidad privar total o parcialmente de la potestad a cualquiera de los progenitores, como cualquier transacción sobre la misma (107).

En todo caso, cabe privar de la patria potestad a éstos en fase de ejecución de sentencia del proceso matrimonial, sobre la base de lo previsto en el artículo 91 del Código Civil, que permite al Juez adoptar en sentencia de nulidad, separación o divorcio o en ejecución de las mismas, las medidas que estime oportunas en relación con los hijos, de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes, entre los que se encuentra el artículo 92.3; y, asimismo, por razones de economía procesal (108). E, igualmente, en un procedimiento de modificación de medidas, pues, tanto el Ministerio Fiscal como cualquiera de los cónyuges, cuando se acredite una modificación sustancial de las circunstancias como puede ser un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paternos por parte de uno de los progenitores que, ponga en peligro al hijo menor, puedan solicitar la privación de la patria potestad y, acordarlo así en la sentencia que resuelve sobre la modificación de medidas, cuando quede probado tal incumplimiento (109).

C) *Proceso penal de la privación de la patria potestad*: Como hemos señalado en líneas precedentes, procede en el proceso penal en todo caso adoptar la medida de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad en los delitos que así lo prevé el Código Penal, pues, sobre este punto ha quedado zanjada la cuestión de si los jueces penales podían aplicar la figura civil de la privación de la patria potestad. En el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2000, determina que no es oportuno que en la vía penal se resuelva sobre la privación de la patria potestad. Se considera que el artículo 170 del Código Civil no supone una atribución a la jurisdicción penal de la facultad de aplicar las normas civiles de privación total o parcial de la patria potestad como una facultad distinta de su imposición, como pena principal o accesoria de un delito (110). Corresponde a la jurisdicción civil adoptar las medidas de protección para el menor,

(107) ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentario al artículo 774 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, coordinadores: Miguel Ángel FERNÁNDEZ BALLESTEROS, José María RIFÁ SOLER; José Francisco VALLS GOMBAU, Iurgium-Atelier, Barcelona, 2000, pág. 3586; MONTERO AROCA, J., «Comentario al artículo 92 del Código Civil», en *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, T. II, Juan MONTERO AROCA *et al.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 1099-1100; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.^a ed., *op. cit.*, pág. 337.

(108) Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentarios al artículo 92 del Código Civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV, Libro I del Código Civil*, coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO, Madrid, 1982, págs. 663-664; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 60. Vid., en este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.^a, de 11 de abril de 1994 (AC 1994/705). En contra, REBOLLEDO VARELA, A. L., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 73.

(109) En esta línea, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.^a ed., *op. cit.*, págs. 337-338.

(110) Vid., en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 10 de octubre de 1995 (RJ 1994/7905); de 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000/7932); y de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/8718); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.^a, de 14 de julio de 1999 (AC 1999/8839); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 16 de octubre de 2002 (JUR 2002/284317); y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de mayo de 2003 (JUR 2003/152031).

si así se deriva de los hechos enjuiciados por la jurisdicción penal. Así en los casos que no proceda adoptar la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, y resultar procedente la privación de la potestad, cabe que el Ministerio Fiscal opte por acudir a la vía civil e iniciar el correspondiente procedimiento para adoptar tal medida, eso sí, siempre que la conducta del condenado suponga un incumplimiento de los deberes paterno-filiales, que cause un perjuicio o daño al hijo/s menores de edad (111).

No obstante, no falta en la doctrina como en la jurisprudencia, quienes optan por un parecer en sentido contrario, pues, admiten la privación de la potestad en un proceso penal argumentando para ello, que desde una interpretación teológica del artículo 170 del Código Civil es posible una extensión de la jurisdicción de los tribunales penales a cuestiones que, en principio, corresponden a la jurisdicción civil; y, asimismo, aduciendo razones de economía procesal y de una adecuada protección del beneficio o interés del menor, se debería permitir que un tribunal penal privara de la patria potestad, si durante el curso de un procedimiento en esta jurisdicción, se verificase un incumplimiento de los deberes paterno-filiales y un daño o perjuicio consecuente para el hijo menor de edad (112).

En todo caso, la Sala segunda del Tribunal Supremo ha optado en las más recientes Resoluciones por aplicar la doctrina recogida en el mencionado Acuerdo, y, en consecuencia, denegar la posibilidad de acordar la privación en un proceso penal, cuando el Código Penal no la prevea expresamente en relación con el caso enjuiciado (113).

4.7. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El efecto automático de la privación de la potestad de los padres es la pérdida de la titularidad de la misma, y, por ende, del ejercicio por el progenitor afectado por la resolución judicial. Esta privación judicial de la patria

(111) Vid. TAPIA PARREÑO, J. J., «Medidas de protección del menor en la fase de instrucción y de ejecución del proceso penal», en *Protección de menores en el Código Penal*, director: José Luis JORI TOLOSA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 122-123. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000/8932); y de 6 de julio de 2001 (RJ 2001/6367).

(112) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 161-163; FERRER I RIBA, J., «Comentarios al artículo 136 del Código de Familia», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mutua*, directores: Joan EGEA FERNÁNDEZ y Joseph FERRER RIBA, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 641-642. Vid., también, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9578); y de 26 de junio de 2000 (RJ 2000/6329).

Asimismo, en esta línea, se pronuncia el artículo 378-1 del *Code Civil* al disponer: «*Peuvent être déchu de l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle, d'inconduite notoire ou délinquance, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.*».

(113) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000/7932); y de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6987). Asimismo, se manifiesta en este sentido en la doctrina, DEL MORAL GARCÍA, A., *Interferencias entre el proceso civil y penal*, Comares, Granada, 2002, pág. 388.

potestad puede darse respecto de uno de los dos progenitores o de ambos, o de uno solo, si la filiación sólo está determinada respecto de él.

En el primer supuesto, la patria potestad será ejercida por el otro progenitor, quien podrá tomar todas las decisiones que considere oportunas en interés del menor y su bienestar, sin necesidad de comunicárselo al que ha sido privado de la patria potestad, ni, por supuesto, contar con su consentimiento para el cumplimiento de todo lo que representan los deberes inherentes a la patria potestad (art. 156.4 del Código Civil) (114). En todo caso, como veremos, podrá informar sobre determinados aspectos de la situación del menor al progenitor privado de la patria potestad, si éste lo solicitase; y respetar el régimen de visitas impuesto por el Juez. Pero, igualmente, podrá exigir como titular de la patria potestad, que aquél cumpla con sus obligaciones respecto del hijo, tales como la prestación de alimentos. Si fallece el progenitor titular de la patria potestad, se procederá a la constitución de la tutela, como institución de guarda del menor.

Ahora bien, si se diera el segundo supuesto expuesto, que ambos padres hayan sido privados de la patria potestad, fuera de los casos de recuperación de ésta, se procederá, igualmente, a la constitución de la tutela o, en su caso, a la adopción del menor (115).

La institución de la tutela (art. 222 del Código Civil) será oportuna cuando la privación sea total, pues, en el caso de ser ésta parcial, esto es, que alcance solo a algunas facultades, se deberá proveer una medida de protección, que asuma las concretas facultades de las que han sido privados ambos progenitores (116). No obstante, de haberse previsto en testamento o en documento público notarial por parte de los padres sobre la tutela de sus hijos menores, estas disposiciones serán ineficaces si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad (art. 226 del Código Civil). Sólo se excluye, por tanto, la posibilidad de designar tutor o de organizar la tutela de sus hijos al progenitor/es privado totalmente de la patria potestad. No tendrá sentido en el caso de privación parcial, a menos que la facultad excluida sea la administración patrimonial y el contenido de la disposición tutelar de los padres se refiera a este extremo. En cambio, si se aplicará al supuesto de privación temporal, durante la vigencia de la misma (117).

(114) El artículo 79.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón en este sentido dispone que «*si es privado de la autoridad familiar o suspendido en ella uno solo de los titulares, continúa ejerciéndola el otro conforme al artículo 69*».

El artículo 69 señala que: «*El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, o suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente*».

(115) El artículo 79.3 de la Ley 13/2006 de Derecho de la persona de Aragón precisa en este sentido que: «*La resolución judicial que establezca la privación o la suspensión de la autoridad familiar a ambos titulares, o al único titular de ellas, determinará el régimen de guarda o protección, y nombrará a la persona o personas que hayan de cumplir estas funciones. Si la resolución estableciera la autoridad familiar de otras personas, proveerá también sobre la administración y disposición de los bienes del menor*».

(116) De forma novedosa, el artículo 236-6.5 del Código Civil catalán posibilita que se pueda constituir la tutela ordinaria del menor en el propio procedimiento de privación de la patria potestad, previa audiencia de las personas legalmente obligadas a promover la constitución, si así se ha solicitado en la demanda de privación de la patria potestad.

(117) Vid. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 193; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentarios a los artículos 223 a 227 del Código

En el caso que se opte por la adopción del menor, los padres privados de la patria potestad por sentencia firme o que estén incurso en causa legal de privación, no tienen que asentar la adopción de sus hijos (art. 177.2 del Código Civil) (118). No obstante, para quienes se encuentren en este último supuesto señalado, si no se oponen a la adopción, podrán intervenir en el proceso, y se les citará en audiencia (119). Si se oponen, se suspenderá el procedimiento de adopción y habrá de resolverse ante el mismo juez en juicio verbal (art. 781 LEC), si el progenitor está o no incurso en causa de privación de la potestad (120). Si en la resolución se señala que está efectivamente incurso en causa de privación, se le dará audiencia.

Aunque se le prive de la patria potestad, el progenitor, por el hecho de serlo, tiene la obligación velar por el hijo y de prestarle alimentos (art. 110 del Código Civil) (121), descansando su fundamento en la relación de filiación, que como manifestamos al inicio de la exposición, se mantiene. No se limita esta presta-

Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 285; ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 705.

(118) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 18 de septiembre de 1997 (AC 1997/1751); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, de 26 de febrero de 1999 (AC 1999/3732); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.^a, de 17 de marzo de 1999 (AC 1999/3713); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, de 28 de abril de 2000 (AC 2000/1892); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 3.^a, de 13 de septiembre de 2000 (JUR 2001/16782), no precisará el consentimiento de los padres biológicos del futuro adoptando, simplemente serán oídos por el Juez; de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 1.^a, de 30 de mayo de 2001 (AC 2001/1458); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5.^a, de 23 de octubre de 2002 (JUR 2003/70853); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, de 27 de febrero de 2003 (JUR 2003/196833); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.^a, de 21 de abril de 2004 (JUR 2004/162398); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 13 de marzo de 2006 (JUR 2006/160615); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.^a, de 19 de febrero de 2007 (JUR 2007/274449); de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.^a, de 20 de febrero de 2007 (JUR 2007/249890); de la misma Audiencia y sección de 19 de marzo de 2007 (JUR 2007/248598); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 4 de junio de 2007 (JUR 2007/259692); de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.^a, de 25 de enero de 2008 (La Ley 6353/2008); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.^a, de 17 de julio de 2008 (La Ley 162636/2008); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 22 de mayo de 2008 (La Ley 92171/2008), sólo es exigible la audiencia de la madre; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 12 de noviembre de 2009 (La Ley 315734/2009); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, de 21 de enero de 2010 (La Ley 6770/2010).

(119) Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.^a, de 12 de febrero de 1994 (AC 1994/973); y por el más elemental respeto al principio de tutela judicial efectiva, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 14 de mayo de 1994 (AC 1994/1321).

(120) De no procederse así, se conculcaría gravemente el derecho fundamental de defensa (art. 24 de la CE), privándose al progenitor opuesto de su facultad de hacer alegaciones y proponer prueba, y habría que proceder, en consecuencia, a decretar la nulidad de las actuaciones.

(121) Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002, pág. 48. Asimismo, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sala 1.^a, de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993/7464); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 20 de abril de 2000 (AC 2000/4993); y la sentencia de la misma Audiencia y sección de 17 de mayo de 2005 (JUR 2005/183048).

ción de alimentos a la minoría de edad de los hijos, sino que alcanza también a los hijos mayores de edad, hasta que puedan proveerse por sí mismos a sus necesidades (122).

No obstante, como un derecho en beneficio del menor, no hay inconveniente para el progenitor privado de la patria potestad que, pueda relacionarse personalmente con el hijo cuya potestad no ostenta. Este derecho de visitas (art. 160 del Código Civil), en caso de concederse, debe ser respetado por el progenitor titular, y debe determinarse, siempre, en función de las causas de privación de la patria potestad, y pensando en lo que resulta más conveniente para el bienestar del menor (123). Por ello, este derecho de visitas puede

Se da cumplimiento así el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos que se recoge en el artículo 39.3 de la Constitución Española.

Por su parte, el artículo 111 en su último párrafo del Código Civil dispone, asimismo, para el supuesto de exclusión de la patria potestad que «*Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos*».

(122) En esta línea, se manifestaba el derogado artículo 136.1 *in fine* del Código de Familia catalán: «*La privación no afecta a la obligación de hacer todo lo necesario por asistir a los hijos menores ni la de prestarles alimentos en el sentido más amplio*». Y el actual artículo 236-6.6 del Código Civil catalán al disponer: «*La privación de la potestad no exime a los progenitores de cumplir la obligación de hacer todo lo que sea necesario para asistir a los hijos, ni de prestarles alimentos en el sentido más amplio*».

Asimismo, el artículo 79.1 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón, señala que: «*La privación o suspensión de la autoridad familiar no suprime las obligaciones de los padres establecidas en los artículos 55 y 56*».

El artículo 55 hace referencia a los Deberes de los padres e hijos: «*1. Padres e hijos se deben mutuamente, durante toda su vida, respeto, ayuda y asistencia.*

2. *El deber de asistencia comprende la obligación de prestar alimentos, y la de contribuir equitativamente, durante la vida en común, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares*».

Por su parte, el artículo 56 señala que: «*Los padres, aunque no ostenten la autoridad familiar o no vivan con el hijo menor, tienen el derecho y la obligación de:*

a) *Velar por él.*

b) *Visitarlo y relacionarse con él.*

c) *Informarse recíprocamente, aun cuando vivan separados, acerca de la situación personal del hijo*».

(123) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sala 1.^a, de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3108); y de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992/8083); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.^a, de 21 de octubre de 1993 (AC 1994/176); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 2 de febrero de 1994 (AC 1994/943); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 20 de abril de 2000 (AC 2000/4993), la conducta del padre no le hace acreedor de un derecho de visitas. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 12 de julio de 2004 (La Ley 163830/2004), en interés del menor, se acuerda mantener el régimen de visitas señalado; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 30 de marzo de 2010 (La Ley 43057/2010), ante la falta de concurrencia de causa que justifique la privación de la patria potestad del padre respecto a sus hijos, pretendida por la demandante, procede, en todo caso, aplicar un régimen restringido de visitas al padre, al efecto de no poner en peligro la integridad física y psíquica de los menores, cuyo interés preferente se salvaguarda.

Para los autores partidarios de un fundamento sancionador de la privación de la patria potestad resulta difícilmente comprensible que los progenitores sigan ostentando un derecho de visitas. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 160 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, T. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1075.

suprimirse o limitarse autónomamente a través de los criterios del artículo 94 del Código Civil (124). Puede señalarse que el cumplimiento del mismo tenga lugar en el propio domicilio del cónyuge titular de la potestad; o del que se ha privado de la potestad; o en un punto de encuentro familiar. Todo lo que resulte más adecuado para el hijo menor de edad. Asimismo, tiene derecho a que le informen acerca de la educación, salud y, en general, del desarrollo intelectual, físico y psíquico de su hijo menor de edad, como de la gestión de su patrimonio. Igualmente, si el otro progenitor titular de la potestad o, en su caso, de las personas que han asumido las funciones de guarda (tutor), toman una decisión que resulte perjudicial para los intereses del menor, el progenitor privado de la potestad podrá solicitar al juez la adopción de medidas de protección previstas en el artículo 158 del Código Civil (vid. asimismo, el art. 167 del mismo cuerpo legal).

Por supuesto, no necesita el progenitor titular de la potestad contar con el consentimiento del progenitor privado de la potestad para adoptar cualesquiera decisiones, que afectan a la esfera personal y patrimonial del hijo menor de edad. Solo le queda al progenitor privado de la potestad, en los términos vistos, un control *ex post* frente a decisiones concretas que en el ejercicio de las facultades que comprende la potestad, puedan, precisamente, perjudicar al menor.

Ahora bien, a diferencia del deber de alimentos que corresponde cumplir al progenitor privado de la patria potestad, una obligación de la misma naturaleza decae y, en consecuencia, el correlativo derecho del progenitor no titular de la potestad de percibir alimentos de su hijo (menor o mayor de edad), y, en su caso, de reclamarlos judicialmente con éxito (art. 152.4 del Código Civil).

La extinción del derecho de alimentos se presenta ante la privación de la potestad, pues, como una sanción ante el comportamiento incumplidor del acreedor de derecho de alimentos que le hace indigno de recibir alimentos del hijo o de poderse los exigir judicialmente (125).

La privación de la potestad es, asimismo, causa de indignidad (art. 756.1 del Código Civil), son incapaces de suceder «los padres que abandonaren, pros-

No obstante, matiza SEISDEDOS MUÑO, A., «Comentario a la sentencia de 30 de abril de 1991», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 26, abril/agosto de 1991, págs. 574-575, que «el elemento decisivo no sería el indudable carácter sancionador que la privación de la potestad reviste en nuestro Derecho, sino estrictamente en la naturaleza de las causas que la motivan, desde el punto de vista del interés del menor. Efectivamente, dicha medida obedece siempre, incluso cuando la misma se adopta en un proceso penal o matrimonial, a un incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad, a una conducta especialmente inadecuada e irresponsable de los padres (mal ejemplo constante, inducción a la realización de actos inmorales o delictivos, malos tratos, total despreocupación o abandono, etc.). Por tanto, aunque en principio se admita entre ambas facetas —derecho de visita y titularidad de la patria potestad—, lo que hay que preguntarse es si, en la práctica, las causas que determinan la privación de la patria potestad no habrán de determinar también, en la mayoría de los casos, la exclusión del derecho de visitas para la salvaguarda del interés del menor, interés prevalente en todo el ámbito de las relaciones paternofiliales».

(124) REBOLLEDO VARELA, A. L., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 58. Para CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, pág. 299, aún cuando se exige una valoración de cada caso particular, en muchas ocasiones las causas determinantes de la privación de la patria potestad, aconsejan, en beneficio del hijo, la *suspensión* del derecho de visitas.

(125) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 178.

tituyeren o corrompieren a sus hijos» (126); y desheredación (art. 854.1.^a del mismo cuerpo legal), en la sucesión del hijo (art. 756.1 del Código Civil) (127). Como es también causa de desheredación en la sucesión del cónyuge (art. 855.2.^a del citado Código) (128), siendo necesario en ambos casos que haya recaído sentencia.

Tienen tal medida efectos negativos para el progenitor privado de la potestad; no sólo en lo que implica la titularidad y el ejercicio de la misma, sino también en lo que representan las relaciones familiares y sucesorias de su hijo menor o mayor de edad (129).

Si bien, recordemos que la privación de la potestad de los progenitores no afecta al vínculo de filiación; de ahí que no se alteren los apellidos del menor —lo que no le impide a éste solicitar, una vez llegue a la mayoría de edad, la inversión del orden de los apellidos (art. 109.4 del Código Civil) (130)—; ni a la vecindad civil adquiridas por los hijos (art. 14.3 del citado cuerpo legal).

Finalmente, por resultar obvio en sí por lo que representa, el progenitor privado de la patria potestad no puede adoptar, pues, el artículo 176.1 exige expresamente «*la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad*»; ni tampoco puede ser nombrado tutor (art. 243.1 del Código Civil).

(126) El artículo 463 del *Codice Civile* hace referencia a determinadas conductas como causa de indignidad, algunas de las cuales se pueden subsumir en causa de privación de la potestad de los progenitores.

Así: «*È escluso dalla successione come indegno: 1) Chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta, o il cónyuge, o un discendente, o un ascendente della medesima, purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale. 2) Chi ha commesso, in danno di una di tali persone, un fatto al quale la legge penale dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio (...)*».

(127) Dispone el artículo 263 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia que: «*Son justas causas para desheredar a cualquier legitimario:*

1.^a *Haberle negado alimentos a la persona testadora.*

2.^a *Haberla maltratado de obra o injuriado gravemente.*

3.^a *El incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.*

4.^a *Las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 del Código Civil* (BOE, núm. 191, de 11 de agosto de 2006, págs. 30073 a 30100).

(128) El artículo 111 del Código Civil, refiriéndose a la exclusión de la patria potestad, como ya manifestamos, dispone, asimismo, que el progenitor excluido «*no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias*», determinando una aplicación automática —«no ostentarán derechos»—, frente al supuesto de privación, que tan solo constituye causa de desheredación o indignidad, pero no de forma automática.

(129) El artículo 379 del *Code Civil* señala explícitamente: «*La déchéance prononcée en vertu de l'un des deux articles précédents porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale; à défaut d'autre détermination, elle s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement.*

Elle emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, par dérogation aux articles 205 à 207, sauf disposition contraire dans le jugement de déchéance.».

(130) Sin embargo, recordemos que, en el supuesto de exclusión de la patria potestad del artículo 111 del Código Civil, en su párrafo segundo dispone que: «*el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal*».

4.8. PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La privación de la patria potestad en cuanto hecho que afecta a la potestad, debe constar en el Registro Civil como inscripción marginal a la del nacimiento del menor de edad (art. 46.2 LRC). Y, debe constar, además, en el correspondiente Libro de Familia (art. 36.2 RRC) (131).

El hecho inscribible es la privación establecida en la correspondiente sentencia firme; de forma que será el Juez encargado de la ejecución de ésta, quien deberá promover la inscripción de tal medida, remitiendo para ello, de oficio, al encargado del Registro testimonio bastante de la resolución judicial (art. 25 LRC; y art. 524.2 LEC). Tras la notificación, el Juez encargado del Registro, en cumplimiento de su función calificador, examinará la competencia del Tribunal que ha dictado la resolución, así como la adecuación del procedimiento, y la autenticidad y formalidad del documento en el que conste la resolución.

V. LA EXCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 111 del Código Civil regula la hipótesis de privación originaria de la potestad paterna, disponiendo al respecto lo siguiente: *«Quedarán excluidos de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentarán derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en su herencia, 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 determinada contra su oposición»*.

Se trata de una medida que se impone por ministerio de la ley y no por sentencia, que opera en los dos supuestos indicados en el citado artículo 111, y que, como señala FUENTES NORIEGA se fundamenta en la desconfianza que suscita la conducta del progenitor al no haber querido asumir espontáneamente sus obligaciones hacia el hijo (132).

Se diferencia de la privación de la patria potestad: 1. En que constituye una privación de origen, *ad initio*, de la patria potestad y demás funciones tuitivas, lo que implica que el «excluido» nunca ha ostentado la patria potestad ni, por consiguiente ha llegado a ejercerla, sin que proceda su aplicación respecto de una filiación ya determinada e inscrita de la que, como efecto normal se derivaría la atribución de la patria potestad a los progenitores. De todas formas, la no atribución a uno de los progenitores de la patria potestad, supone la asunción completa de la misma por el otro, si la filiación está de-

(131) Por su parte, la Ley 1/2009, de 25 de marzo (BOE, núm. 73, de 26 de marzo de 2009, págs. 29137 a 29142), añade un nuevo artículo 46 bis en la Ley de 8 de junio de 1957 de Registro Civil, con la siguiente redacción: *«Los encargados de los Registros Municipales extenderán por duplicado las inscripciones marginales de la Sección I de modificaciones judicial de capacidad, así como las inscripciones de la Sección IV sobre constitución y modificación de organismos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre la guarda o administración de los presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad...»* (la redondilla es nuestra).

(132) FUENTES NORIEGA, M., «La patria potestad compartida en el Código Civil español», *op. cit.*, pág. 196.

terminada respecto a él; 2. Se establece de manera automática, por imperativo legal, quedando el «excluido» apartado de los derechos hereditarios, legales o testamentarios, que pudieran corresponderle; a diferencia de la privación que requiere sentencia judicial que la establezca; 3. Se trata de una medida, en principio, irreversible, por cuanto no le es de aplicación la previsión contenida en el artículo 170.2 del Código Civil, relativa a la recuperación de la patria potestad; y, por ende, no sometida a revisión por parte del Juez; no obstante, tal premisa resulta posible que el representante legal del hijo o éste mismo una vez alcanzada la plena capacidad (por principio, mayoría de edad —art. 322 del Código Civil—), interesen que las restricciones establecidas en el artículo 111 dejen de producir efecto; 4. Conserva más claramente que la privación propiamente dicha la naturaleza de sanción al progenitor, en cuanto el interés del menor resulta objetivado en la imposición legal de la medida, sin que el Juez pueda valorar las concretas circunstancias del supuesto, pues comprobada la existencia de la premisa legal, se impone inexcusablemente la consecuencia de la privación originaria de la patria potestad, en beneficio o interés del menor (133).

No obstante, aún presentando diferencias con la privación, también comparte con la misma, caracteres comunes: 1.º) En ambos supuestos hay carencia de titularidad de la potestad; y, por ende, exclusión de las funciones tuitivas; y 2.º) Subsiste en ambos la obligación de velar por los hijos menores de edad no emancipados, y de prestar alimentos sobre la base legal en cuanto a la privación del artículo 110 del Código Civil; y de la exclusión en el artículo 111 último párrafo del citado cuerpo legal (134).

Sobre las bases expuestas, son dos los supuestos que el legislador ha establecido para determinar la exclusión de la patria potestad, y que hemos aludido en líneas precedentes: 1. En los casos en que la filiación queda determinada judicialmente contra la decisión del progenitor (135); 2. Ante una condena

(133) Vid. CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, págs. 127-128, quien, asimismo, precisa que la resolución judicial en la que se constate la existencia de alguno de los dos supuestos contenidos en el artículo 111 como causa de exclusión no debe contener un pronunciamiento que declare la exclusión; y de hacerlo, sería un pronunciamiento declarativo, no constitutivo; por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 111 del Código Civil», en *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 820, califica la exclusión de medida sancionatoria respecto de los progenitores. Asimismo, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/746); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 28 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/100899); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 2.ª, de 22 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/119567).

(134) CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, pág. 129; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 111 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 822-823.

(135) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/746); y de 7 de julio de 2004 (La Ley 160711/2004); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.ª, de 1 de abril de 2003 (*JUR* 2003/203412); y de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 28 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/100899). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 5 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/62992), se desestima la exclusión al haberse determinado la filiación en un proceso judicial, solicitando el demandado someterse a la práctica de la prueba biológica; igualmente, en la

penal firme por delitos de maltrato familiar o violencia familiar, o de abuso de menores (136).

En ambos supuestos, el hijo no ostentará el apellido del progenitor excluido, salvo que el propio hijo, una vez alcanzada la mayoría de edad, o el representante legal de éste con aprobación judicial, soliciten que tal restricción no opere (art. 111.2, párrafos 1.º y 2.º del Código Civil).

En cuanto al procedimiento para la tramitación de la exclusión de la patria potestad es el procedimiento declarativo ordinario tanto si se plantea la pretensión de exclusión junto con una reclamación de filiación en la que se determine ésta con la oposición del progenitor demandado (art. 111.2.º del Código Civil), siendo, además, el pronunciamiento relativo a la exclusión imperativo para el órgano judicial, verificada la concurrencia de alguna de las circunstancias prevenidas en el citado artículo 111 del Código Civil; como si se formula autónomamente la petición de exclusión de la patria potestad —cuando el propio órgano judicial no incluya pronunciamiento en la resolución en la que se acuerda la determinación de la filiación, respecto del progenitor que se opone—, o en los casos de privación de la patria potestad *strictu sensu* (art. 170 del Código Civil).

VI. LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La recuperación o rehabilitación de la patria potestad sólo será posible si ha/n cesado la/s causa/s que dieron lugar a la adopción de una medida de protección como es, precisamente, la privación de la potestad y, por supuesto, resulta beneficioso para el interés del menor y no conlleva ningún perjuicio

sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 1.ª, de 30 de diciembre de 2002 (*JUR* 2004/984), no procede la exclusión inicial de la patria potestad, pues se ha determinado la filiación judicialmente sin oposición del demandado; y, asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 21 de noviembre de 2008 (La Ley 241346/2008), se rechaza la exclusión cuando, pese a la oposición de la demanda, el padre demandado admitió la existencia de relaciones íntimas en la época de la concepción del menor e interesa una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se somete. Por su parte, en la sentencia del tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de mayo de 1995, se considera improcedente la aplicación analógica del artículo 111.2 del Código Civil en un supuesto en el que el progenitor ejercita acción de impugnación de la paternidad, desistiendo posteriormente del procedimiento; igualmente, en la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 23 de julio de 1987, se desestima la petición de exclusión de la patria potestad interesada por la progenitora en un supuesto de impugnación sin éxito de la paternidad por parte del progenitor.

(136) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 2 de julio de 2004 (*JUR* 2004/217458); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 3 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/108728), se excluye la patria potestad ante los comportamientos sexualmente inadecuados del padre a la menor. Se constata que el padre, desde muy temprana edad, le realiza a la menor fotografías desnuda, en forma de posado, que acompañadas de los relatos de la pequeña zona de tocamientos en la zona genital y besos recibidos de su progenitor tanto en la boca como en otras zonas del cuerpo, permiten deducir comportamientos sexualmente inadecuados del padre a la menor, sin que estas conductas concurrentes puedan ser entendidas como dentro de la normalidad de la convivencia, de las atenciones cotidianas tales como el cambio de pañal, o el aseo, o de las manifestaciones de afecto.

para el mismo (137). El progenitor debe poder cumplir y asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad (138).

La posibilidad de recuperación de la titularidad de la patria potestad por parte del progenitor privado determina la temporalidad de la privación, salvo que se haya procedido a la adopción del menor, en cuyo caso adquiere

(137) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel, de 31 de mayo de 1994 (AC 1994/932); de la Audiencia Provincial de Huesca, sección única, de 25 de junio de 1999 (AC 1999/1477); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 7 de octubre de 1999 (AC 1999/1829); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 22 de septiembre de 2001 (JUR 2001/327398); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.ª, de 30 de junio de 2006 (JUR 2006/258863); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 19 de diciembre de 2008 (La Ley 274665/2008); y el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 30 de junio de 1994 (AC 1994/1031); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 8 de marzo de 2001 (AC 2002/260).

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 18 de mayo de 1992 (AC 1992/825), no procede la recuperación por falta de rectificación de la conducta anterior por parte de los progenitores; en el mismo sentido, se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 4 de diciembre de 1992 (AC 1992/1681); por su parte, también se desestima la recuperación en la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 24 de julio de 2000 (JUR 2000/288151), por la necesidad de que los progenitores establezcan su vida personal, social, laboral y familiar; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 10 de mayo de 2001 (JUR 2001/212948), en interés de los menores, no procede la recuperación, pues, no es sólo que el progenitor privado de la patria potestad carezca de facultades para atender a unos menores a quienes siempre ha tenido en total abandono, sino que la situación actual de los menores, que rechazan a aquél como padre, sufrirían en caso de que se acordara la recuperación de la patria potestad sobre ellos, con indudables perjuicios para los mismos; igualmente, señalan que resulta improcedente la recuperación, las sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia, sección única, de 18 de junio de 2001 (La Ley 1211891/2001; AC 2001/1546); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 11 de enero de 2002 (JUR 2002/217752); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002/103771); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 3.ª, de 27 de junio de 2002 (La Ley 121570/2002); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 13 de abril de 2005 (JUR 2005/129891); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007/75034); de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.ª, de 2 de abril de 2007 (JUR 2007/282145); de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 10 de octubre de 2007 (La Ley 318820/2007; JUR 2008/128210); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 9 de julio de 2008 (JUR 2009/243334); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 19 de noviembre de 2008 (La Ley 243317/2008); y de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, de 22 de octubre de 2009 (AC 2010/121), y, asimismo, los Autos de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1.ª, de 12 de marzo de 2002 (JUR 2002/139094); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 31 de octubre de 2006 (JUR 2007/113839).

En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 332 del *Codice Civile*: «*Il giudice può reintegrare nella potestà il genitore che ne è decaduto, quando, cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata, è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio*».

(138) Vid. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 199-200.

carácter permanente (139); y, asimismo, que aquélla no tiene carácter irreversible (140).

De todas formas, en el ámbito de la adopción y atendiendo al tenor literal del párrafo 2.º del artículo 170 del Código Civil, se ha planteado en la doctrina la cuestión de si los padres que perdieron la patria potestad de su hijo al ser adoptado por otra persona, la podrían recuperar en el supuesto que la adopción se extinga (art. 180.2 del Código Civil), o que los padres adoptivos mueran (art. 169.1.º del Código Civil), antes de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad. Con acertado criterio, se opta por una respuesta negativa, argumentando al respecto: «1.º Lo resuelto en realidad por este párrafo 2.º del artículo 170 no es sino una resolución a los supuestos que se contemplan en el párrafo anterior, es decir, los de privación total o parcial de las funciones que integran la patria potestad por razón del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, pero no en los casos de extinción de ella, entre los que se encuentra precisamente la adopción; 2.º Por otra parte, si la adopción es causa de extinción de la patria potestad biológica, como dispone el propio Código, de igual forma que extinguida ésta ya que no puede resurgir aún cuando sin ser sustituida por la generada civilmente —o adoptiva— es jurídicamente lógico deducir que la extinción de la adoptiva no regenera *per se* la por naturaleza; 3.º Además, si como dispone el artículo 108 del Código Civil, la filiación biológica y la civil son iguales, si la muerte del padre o de la madre o de ambos por naturaleza produce la extinción de la misma (art. 169.1.º), y si la adopción es irrevocable (art. 180.1), no parece evidente que su extinción produzca los mismos efectos que por la naturaleza» (141). En consecuencia, al igual que, sucedería con la muerte de los padres biológicos, lo procedente es el nombramiento de tutor.

En todo caso, para que la recuperación surta efectos, se requiere la correspondiente resolución judicial que así la establezca (142). Resulta, por tanto, que

(139) Vid. el Auto de la Audiencia Territorial de Bilbao, sección 1.ª, de 30 de noviembre de 1987, en el que «el adoptante promotor del expediente es marido de la madre biológica de la adoptada, por quien contrajo matrimonio el 26 de septiembre de 1986, fecha desde la que viene ocupándose directa y conjuntamente con su esposa, de las funciones de educación, alimentación y en general de los intereses sociales de la niña. De este modo, la valoración ponderada y equilibrada de los intereses en juego, en particular, el del adoptando, lleva al Tribunal a estimar la adopción, en este caso, como un proceso congruente y conveniente, tendente a reforzar los vínculos paterno filiales ya existentes de hecho, dando a los mismos una vestidura legal de la que actualmente carece».

(140) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 26 de noviembre de 2008 (La Ley 295336/2008).

(141) CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, págs. 312-313.

(142) Señalaba, en esta línea, el derogado artículo 136 del Código de Familia catalán que: «2. La autoridad judicial debe acordar, en beneficio e interés de los hijos, la recuperación de la titularidad de la potestad, cuando haya cesado la causa que había motivado su privación». Igualmente, dispone el actual artículo 236.7 del Código Civil catalán: «La autoridad judicial debe disponer, si el interés de los hijos lo aconseja, la recuperación de la titularidad y, si procede, del ejercicio de la potestad parental, si ha cesado la causa que había motivado su privación».

Por su parte, dispone el artículo 77.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón que: «Los Tribunales podrán, en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación».

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 31 de mayo de 1994 (AC 1994/932); el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 30 de junio de 1994

únicamente el órgano judicial puede acordar la recuperación de la patria potestad, atendiendo siempre al beneficio o interés del menor. No cabe una recuperación automática, a diferencia del proceso penal, pues, como ya se ha expuesto anteriormente, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad es una medida temporal; basta que trascurra el período de condena, para que la recuperación de la potestad por el progenitor privado de ella tenga lugar automáticamente sin intervención judicial.

Como hemos señalado, la recuperación de la patria potestad requiere el cese de la causa que motivó la privación, extremo este que debe ser estimado por el Juez y probado por el progenitor, que pretende recobrar la patria potestad.

Se recupera tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad. Si bien, no resulta desacertada la posición de quienes abogan por una recuperación progresiva y paulatina de las facultades que representan el contenido de la patria potestad (143). Aunque todo ello, en el fondo depende de lo que se considere más conveniente para el desarrollo integral del menor y de sus intereses.

Finalmente, la recuperación de la condición de titular de la patria potestad provoca, como efecto general, la cesación de la privación, y de sus específicos efectos. Así, decaerán la incapacidad para ser adoptante, e inhabilitación para el ejercicio de la tutela; y, también, devengarán ineficaces las causas de indignidad para suceder, y, los motivos que pudiesen justificar la desheredación (144).

(AC 1994/1031); la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, sección única, de 25 de junio de 1999 (AC 1999/1477); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 18 de noviembre de 2002 (JUR 2003/31421).

(143) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 201; FERRER I RIBA, J., «Comentario al artículo 137 del Código de Familia», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda mutua*, directores: Joan EGEA FERNÁNDEZ y Joseph FERRER RIBA, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 645; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.^a ed., *op. cit.*, pág. 309.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 19 de julio de 1989, dispone que, comprobada la amonización de la gravedad de la causa que determinó la privación, no procede el alzamiento inmediato y absoluto de las cautelas y limitaciones en su día acordadas, sino el acudir a un régimen progresivo de adaptación de los hijos a la compañía de sus padres, acentuando la intervención de éstos en el cuidado y guarda de los menores, si la adaptación se va produciendo, o disminuyendo, e incluso suspendiendo, la intervención de los padres en tal guarda, cuando la salud mental o física de los niños así lo aconsejen.

(144) Para SERRANO ALONSO, E., «Comentario a los artículos 170 a 172 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 469, en el supuesto de desheredación sostiene que, si el causante, conocedor de la recuperación de la patria potestad, no rectifica el contenido del testamento en el sentido de suprimir la desheredación del privado, la desheredación persiste válida y debe mantener su eficacia; sin embargo, como precisa CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.^a ed., *op. cit.*, págs. 315-316, *nota* 334, para mantener la vigencia de la causa de desheredación, lo que se requiere es que el afectado por la misma haya sido privado de la patria potestad y que no se mantenga la medida de la privación al tiempo en que la causa de desheredación debe ser eficaz, es decir, el momento de la apertura de la sucesión del causante, que es el hijo respecto de cuya potestad resultó privado su progenitor ahora desheredado; por su parte, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al artículo 854 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XI, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1982, pág. 576, afirma que la cesación de la privación no parece que pueda ser excluyente de la desheredación fundada en aquella privación.

Por otra parte, la recuperación de la patria potestad determinará el cese de la tutela (art. 277.1 del Código Civil) (145); y del acogimiento, si se hubiera constituido (146).

VII. LA EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Pese a la rúbrica del capítulo IV del Título VII: «De la extinción de la patria potestad», los tres preceptos (art. 169 a 171) que lo conforman, no contempla, sin embargo, todos ellos supuestos de extinción, pues, solo el artículo 169 se limita a enumerar las causas de extinción propiamente dichas, de la patria potestad, que conlleva una pérdida total o definitiva de la titularidad y, que no tiene connotaciones punitivas, ya que, como hemos analizado en el anterior apartado, a la privación de la patria potestad se refiere el artículo siguiente.

Son causas de extinción de la patria potestad: 1.º Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo; 2.º Por la emancipación; y 3.º Por la adopción del hijo (147).

La muerte de los padres y del hijo, como la adopción que da lugar a la ruptura de todo vínculo jurídico con la familia de origen, salvo en supuestos excepcionales, sin perjuicio de constituirse la patria potestad en la nueva familia, y la emancipación, cuando ésta tiene carácter irrevocable, constituyen los supuestos normales de extinción total y definitiva de la patria potestad, sin connotaciones punitivas. Mientras que la declaración de fallecimiento con la posibilidad de reaparición del fallecido supone más un caso de suspensión que de extinción de la patria potestad; al igual que la emancipación tácita o de hecho (art. 319), que al ser revocable resulta más adecuado considerar que estamos ante un supuesto de suspensión de la misma (148).

De todas formas no sólo la denominación del Título VII es poco rigurosa, por lo expuesto en líneas precedentes, sino que, además, como señala LACRUZ BERDEJO la enumeración no resulta nada convincente, sino más bien bastante deficiente, pues, «mientras la muerte del hijo o la de los padres extingue la institución, la del padre o la madre no la extingue, no causa más que pérdida, pues, da lugar a la concentración, cuando vive el otro progenitor y está en situación legal de ejercerla; si no la estuviere, la patria potestad se extingue no sólo por muerte, sino por privación y suspensión, pues, la tutela es una institución distinta, aunque sucedánea; por otra parte, tampoco la adopción extingue, en cuan-

(145) Precisa LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 277 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, Madrid, 1985, pág. 411, que se trata de una causa de extinción en relación con cualquier tutelado. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 2.ª, de 30 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/254670).

(146) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/31421), conlleva la cesación del acogimiento por la entidad pública acogedora.

(147) El artículo 46.2 de la LRC señala que «*Cuantos hechos afecten a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos*».

(148) En este sentido, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «Comentario al artículo 169 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, 2009, pág. 302; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 169 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1526.

to al hijo, la patria potestad» (149). En efecto, únicamente la muerte o declaración de fallecimiento de ambos progenitores determina la extinción de la patria potestad, pues, en otro caso, la patria potestad se concentrará en el sobreviviente —art. 156, párrafo cuarto del Código Civil (150)—; y con respecto a la adopción, ésta no extingue en todos los supuestos la patria potestad, pues, aunque conforme el artículo 178 del Código Civil, la adopción supone la ruptura de los vínculos del adoptado con la familia de origen, y, por tanto, la extinción de ésta con respecto a la misma (151); sin embargo, el artículo 169.2 contienen dos excepciones: cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, y cuando uno sólo de los progenitores esté legalmente determinado, y el adoptante sea de distinto sexo que dicho progenitor; en estos casos, subsiste la patria potestad del progenitor compartida con el adoptante, a pesar de la adopción. No hay pérdida o extinción de la patria potestad, sino la constitución de una patria potestad dual. En todo caso, la adopción, salvo en los supuestos reseñados, implica la extinción de vínculos del adoptante con la familia de origen, y, a la vez, supone la constitución de una nueva patria potestad a favor de la familia adoptante (152).

Aunque la muerte del hijo supone la extinción de la patria potestad, se echa en falta en el Código Civil, como señala CASTÁN VÁZQUEZ una medida relativa a los posibles negocios en marcha, como lo hace el Derecho alemán, que obliga a los padres a gestionar los negocios que no puedan aplazarse sin peligro, hasta que el heredero pueda ulteriormente adoptar cuidados (153).

Finalmente, en cuanto a la emancipación, si bien, no se regula dentro del Título VII, relativo a la patria potestad, ni a continuación del mismo, sino en el Título XI, bajo la rúbrica «De la mayor edad y de la emancipación», en cualquiera de los supuestos contenidos en el artículo 314 del Código Civil, supone la extinción de la patria potestad, sin quedar sometido a tutela, ya por mayoría de

(149) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 409.

(150) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 24 de julio de 2008 (La Ley 135098/2008), se extingue la patria potestad por muerte del padre, y ante la incapacidad de la madre de hacerse cargo del cuidado y atención de su hijo, y de cumplimentar los deberes inherentes a la patria potestad, por su adicción al consumo de productos tóxicos y a su estado depresivo; asume la tutela la administración pública.

(151) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.^a, de 19 de febrero de 1999 (AC 1999/4398); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 29 de junio de 2000 (JUR 2001/38115); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.^a, de 11 de noviembre de 2000 (JUR 2001/76811); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 6 de septiembre de 2002 (JUR 2003/17027); y de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.^a, de 18 de marzo de 2010 (JUR 2010/176125).

(152) Para CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 169 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, 2.^a ed., Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 573, señala que no hay una verdadera extinción, o al menos ésta no es absoluta, sino relativa, ya que los menores seguirán sometidos a la patria potestad, aunque bajo otros ejercientes; se trata, pues, para los padres por naturaleza, de un modo extrajudicial de pérdida de su patria potestad.

(153) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 169 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 572.

(154) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 169 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 572. Para PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 169 del Código Civil», en *Comen-*

edad, ya por matrimonio y concesión paterna o judicial. En todo caso, supone una extinción definitiva, pues, la emancipación no puede ser revocada (art. 318), salvo el supuesto de emancipación tácita, que conforme al artículo 319 del Código Civil tiene lugar cuando el hijo mayor de dieciséis años con el consentimiento de sus padres vive independientemente de éstos, pues, en este tipo de emancipación, los padres pueden revocar su consentimiento, por lo que, no hay una extinción definitiva de la patria potestad (154).

No obstante, como precisa LACRUZ BERDEJO, esta emancipación de hecho puede plantear problemas y ocasionar cierta inseguridad, cuando la revocación paterna no es obedecida por el hijo, si el padre no le obliga actuando judicialmente, pues, cabe preguntarse: ¿si se entenderá revocado el consentimiento paterno o concedido de nuevo, por la abstención del titular, y, aunque sea contra su voluntad? (155).

De todas formas, aunque la mayoría de edad supone la extinción de la patria potestad para todos los efectos (arts. 315 y 322 del Código Civil) (156); no excluye la subsistencia de la misma cuando el hijo menor hubiera sido incapacitado, prorrogándose la patria potestad de forma automática al alcanzar la mayoría de edad (patria potestad prorrogada); o de rehabilitarse aquélla a causa de la ulterior incapacitación del hijo soltero, que viviera con sus padres (art. 171 del Código Civil). En todo caso, finaliza la patria potestad prorrogada o rehabilitada: 1.º Por muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo; 2.º Por la adopción del hijo; 3.º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad (art. 761 LEC); 4.º Por haber contraído matrimonio el incapacitado. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela, o curatela, según proceda (157).

En todo caso, la extinción de la patria potestad conlleva unos efectos liquidadores de la situación paterno-filial extinguida, pues el artículo 168 del Código Civil establece la obligación para quienes han ostentado la patria potestad de rendir cuentas de su gestión respecto de los bienes pertenecientes al hijo. Para ello dispone éste de una acción para exigir el cumplimiento de tal obligación, que prescribe a los tres años. Asimismo, el citado precepto en su apartado segundo establece un supuesto especial de responsabilidad de los titulares de la patria potestad, ante la pérdida o deterioro de los bienes pertenecientes al hijo

tario a las reformas de Derecho de Familia, T. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1236, el caso de emancipación por vida independiente hay que entenderlo como un supuesto de suspensión de la patria potestad, en el que los padres la siguen ostentando, aunque estén de acuerdo en no ejercerla en tanto consienten en que el menor haga la vida independiente, terminando tal suspensión en el instante en que los padres revoquen el consentimiento.

Por su parte, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 319 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, Madrid, 1978, pág. 519, considera discutible que en este supuesto exista una verdadera emancipación, pese a la literalidad del precepto que hoy la regula.

(155) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 411.

(156) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 1993 (RJ 1993/2394).

(157) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 22 de enero de 2010 (La Ley 20195/2010), se priva al padre de la patria potestad respecto de su hijo mayor de edad declarado incapaz, dadas las circunstancias concurrentes en el grupo familiar, las relaciones entre el padre y el hijo, y la actual situación material y personal afectante a este último, el cual se encuentra internado.

por dolo o culpa grave. Ha de observar una diligencia de un buen padre de familia y cuidar de los bienes como si fueran propios.

Ahora bien, si al término de la patria potestad no se rinde cuentas y no se entregan los bienes y los padres continúan administrando los bienes en virtud del silencio o la aquiescencia de los hijos, para Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, desde el punto de vista jurídico, se abre una nueva situación a la que hay que aplicar las reglas del contrato de mandato (158).

RESUMEN

PATRIA POTESTAD ADOPCIÓN

Superada la configuración romana de la patria potestad, como poder determinante de la sujeción del pater familias, quien ejercía una suerte de derecho subjetivo de naturaleza casi pública sobre los hijos y descendientes, actualmente, la patria potestad se concibe como un «derecho-deber» o como un «derecho-función», que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos menores no emancipados, y que conlleva la atribución a los progenitores de ciertos derechos a los efectos de poder cumplir los deberes que les incumbe respecto de los hijos (art. 154 del Código Civil). Asimismo, como institución básica del orden social-familiar, se desprende su intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad. La titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponden, como regla general, conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual—, sin perjuicio del ejercicio individual en determinados supuestos. De cualquier forma, su ejercicio está sometido a la intervención y vigilancia de la autoridad judicial, así, como en su caso, de la Administración Pública. Desde las anteriores consideraciones, el presente estudio se centra en el análisis de las diferentes situaciones anómalas que, pueden afectar a la patria potestad, bien en su titularidad y ejercicio,

ABSTRACT

PATRIA POTESTAS ADOPTION

Under Roman law, patria potestas was the power of the pater familias to exert a sort of subjective, quasi-public right over his children and descendants. Patria potestas now, however, is conceived as a «right/duty» or «right/function» that must be exercised by a parent to benefit his or her unemancipated underage children. It entails certain rights for parents, enabling them to discharge their duties to their children (Civil Code, article 154). Moreover, as a basic institution of society and the family, patria potestas cannot be transferred to another person or waived, and it never lapses. Ownership and exercise of patria potestas fall, as a general rule, jointly to both parents (dual patria potestas), without prejudice to individual exercise in certain cases. At all events, its exercise is subject to intervention and monitoring by judicial authorities and, where appropriate, by the administration. After reviewing these considerations, this paper focuses on looking at the different anomalous situations that may affect patria potestas. Such situations may affect the ownership and exercise of patria potestas: Exceptional measures may be taken by a court, such as stripping the parents of patria potestas when their behaviour involves gross, repeated breach of parent/child duties,

(158) Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, «Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 269.

adoptando para ello judicialmente, una medida excepcional como la privación de la patria potestad, cuando el comportamiento de aquéllos suponga un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno-filiales, poniendo en peligro el desarrollo integral de los hijos menores de edad y siempre pensando en el propio interés y beneficio de éstos, todo ello sin perjuicio de poder recuperar la patria potestad cuando desaparezca la causa que motivó tal privación; o suponer su exclusión, o simplemente, por concurrir los diversos supuestos establecidos en el artículo 169 del Código Civil, su propia extinción; o bien, nos encontramos ante situaciones que solo afectan al ejercicio de la patria potestad, lo que conlleva su modificación, cuando se den determinados supuestos, o, en su caso, su suspensión, todo ello, llevando a cabo un referencia exhaustiva a las diferentes posiciones doctrinales y pronunciamientos judiciales más relevantes existentes en relación con la materia objeto de análisis.

endangering the comprehensive development of underage children; the court so doing will always bear in mind the interests and benefit of the children, and the parents may recover their patria potestas if and when the grounds for its removal disappear. Alternatively, patria potestas may be excluded; or the various cases established in article 169 of the Civil Code may be attendant, thus requiring the extinction of patria potestas. In other scenarios, the situation may affect only the exercise of patria potestas, which would entail a modification of patria potestas in certain cases and suspension in others. Exhaustive reference is made to the different positions espoused in doctrine and the most-significant court pronouncements in connection with the subject.

1.3. Derechos reales

LA INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

SUMARIO: I. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: CONCEPTOS GENERALES: 1. ESTRUCTURA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. 2. CLASES: A TÉRMINO Y CONDICIONAL. 3. FIDEICOMISO DE RESIDUO.—II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD REGISTRAL EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: LA PREVIA NECESIDAD DE DETERMINACIÓN CIVIL.—III. REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: 1. LA NECESIDAD DE QUE LA CLÁUSULA SEA EXPRESA. 2. INSCRIPCIÓN A TRAVÉS DEL MISMO TÍTULO EN CUYA VIRTUD SE PRÁCTICÓ LA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL FIDUCIARIO. 3. NECESIDAD DE DETERMINAR NOMINATIVAMENTE LOS