

La privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes familiares y drogodependencias

Withdrawal of parental rights for breach of family duties and drug dependence

Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Universidad Complutense de Madrid

Recibido: 16/05/2016 · Aceptado: 27/01/2017

Resumen

La patria potestad como responsabilidad parental representa una función que debe ejercerse en interés de los hijos que, entrafia fundamentalmente deberes a cargo de ambos progenitores, encaminados a prestarles asistencia de todo orden como establece el artículo 39.2 y 3 de la Constitución española y el artículo 154 del Código Civil. Por lo que, todas las medidas judiciales que se acuerden incluida la privación de la patria potestad deberán adaptarse teniendo en cuenta ante todo el interés del hijo. Con esta medida de privación de la patria potestad no se pretende sancionar la conducta de los progenitores representada en el incumplimiento de sus deberes, sino de defender los intereses del menor; de tal manera que, esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para su protección. La inobservancia de los deberes inherentes a la patria potestad de modo constante, grave y reiterado para el menor, puede determinar una privación sea temporal, total o parcial de la misma, lo que puede tener lugar en situaciones de drogadicción, alcoholismo u otras patologías asociadas a otras dependencias de sustancias psicotrópicas que, en ocasiones, van aparejadas a la comisión de un delito o una psicopatía. Sobre el incumplimiento de los deberes familiares derivado de tales situaciones o, de otras, que pueden derivar en privación de la patria potestad se va a centrar el presente estudio.

Palabras Clave

Patria potestad, privación, interés del menor, drogadicción, alcoholismo.

— Correspondencia a: _____
Ana Isabel Berrocal Lanzarot
e-mail: aiberrocalanzarot@der.ucm.es



Abstract

Patria potestas authority as parental responsibility represents a function that must be exercised in the children's interest which basically entails duties for both parents, intended for giving them assistance of all kinds, as Article 39.2 and 3 of the Spanish Constitution and Article 154 of the Civil Code establish. For this reason, any judicial measures that are agreed, including the withdrawal of *patria potestas* parental authority, will have to adapt to taking into account the children's interests first and foremost. This measure of withdrawing *patria potestas* parental authority is not intended to sanction the parents' conduct in the breach of their duties, but to defend the minors' interests, in such a way that this exceptional measure turns out to be necessary and suitable for their protection. Any constant, serious and repeated failure to observe the duties inherent to parental authority in respect of the minor may mean such withdrawal is temporary, total or partial, and can take place in situations of drug addiction, alcoholism or other pathologies associated with other dependences on psychotropic substances which are sometimes associated with committing crime or a psychopathy. This study will focus on the breach of family duties stemming from such situations or others, which may lead to withdrawal of *patria potestas* parental authority.

Key Words

Parents' *patria potestas* legal authority, withdrawal, minors' interests, drug addiction, alcoholism.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad representa una potestad en sentido técnico que, corresponde 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" (Lasarte Álvarez 2015, p. 346). De todo ello resulta que, la patria potestad como institución básica del orden social-familiar, es



de orden público (Diez Picazo y Gullón Ballesteros, 2006, p. 256) y constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor (Lacruz Berdejo, 2010, 387)¹.

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, como responsabilidad parental, se define como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados². Para

1 Lacruz Berdejo señala al respecto que “como en la mayoría de los ordenamientos actuales, la patria potestad no es un derecho subjetivo, sino un *officium* que genera una *potestad* que el Derecho positivo, conforme al natural, atribuye, con carácter indisponible, a los padres para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo”.

2 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 1991 (RJ 1993/3108); y de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/478); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/139719). Por su parte, el artículo 236.2 del Código Civil catalán señala que “*la potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo*”. Asimismo, el artículo 64 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas dispone que: “*La autoridad familiar es una función inexcusa-*

linacero de la Fuente (2016, p. 352) la patria potestad representa “un conjunto de deberes y facultades otorgados a los padres con el fin de cumplir determinadas funciones en interés de los hijos menores o, en su caso, con capacidad modificada judicialmente”. 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 (Pérez Álvarez, 2016, p. 382)³. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación de su ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del Título VII “De las relaciones paterno-filiales”, del Libro I del Código Civil, que regula los

ble que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo”.

3 Pérez Álvarez, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas “*potestades familiares*”. Vid., también, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 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; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1ª, de 22 de junio de 1999 (AC 1999/8394) que dice que “la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos”; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 1 de septiembre de 2008 (La Ley 196431/2008), entre otras.



derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (artículos 154 a 171)¹.

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 en el artículo 39 de la Constitución Española. Asimismo, del citado texto constitucional se desprende 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 (Ruisánchez Capelastegui, 2006, pp. 19-20). 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 (Gálvez, 1985, pp. 760-761); o, bien, se parte de una operatividad en distinto plano de cualquiera de las acciones protectoras señaladas (Espín Canovas, 1996, p. 52). Constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos, o de procurar su autogobierno, y es la patria potestad la institución protectora del menor por excelencia que se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza -matrimonial, no matrimonial o adoptiva-

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

¹ 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 1ª, de 27 de febrero de 1996 (AC 1996/358).

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. 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 el derecho de todo niño a vivir con sus padres, que corresponde a éstos de forma prioritaria dar al niño una vida digna, y en la medida de sus recursos económicos, asimismo, 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. Finalmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales señala el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (artículo 8).

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general el ejercicio de la misma, corresponde conjuntamente a los progenitores -patria potestad dual- (artículo 154.1 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 (Castán Tobeñas, 1982, pp. 109-111;



Martín Moron 1989, pp. 130-131; Alonso Pérez, 1997, pp. 22-24; Castillo Martínez, 2010, pp. 29-30)¹.

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.

De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad, los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, pongan en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor y, asimismo, debe tenerse en cuenta que ésta corresponde en primer lugar a los padres².

Precisamente, la reforma de la regulación de la patria potestad en el Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo se estructuró sobre la base de tres objetivos: 1. Configurar la patria potestad como función dual del padre y de la madre; 2. Dar primacía al interés o beneficio del hijo, y el respecto a su personalidad; y, 3. Someter el ejercicio de la patria potestad a la intervención y vigilancia judicial, así, como, en su caso, de la Administración pública. Al respecto, 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 –artículo 156 del Có-

digo Civil-; asimismo, tendrá que decidir al cuidado de qué progenitor quedan los hijos menores de edad en los casos de separación de hecho, y a falta de acuerdo entre los padres –artículo 159 del Código Civil-, autorizar determinados actos de disposición de bienes o derechos de los hijos por parte de sus progenitores (artículo 166 del Código Civil); o, cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, adoptar todas las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes (artículo 167 del Código Civil); y, en fin, sobre la base del artículo 158 del Código Civil “de oficio o a instancia de parte del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal” habrá de dictar “dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”, todas aquellas medidas y disposiciones que tengan por finalidad atender a la protección personal y patrimonial del hijo.

De forma que, ante un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paternofiliales por parte de los progenitores que, puede venir motivado por una situación de drogodependencia, de alcoholismo u otra dependencia patológica a otras sustancias de cualquier de los progenitores, determina que, bien en un proceso civil *ad hoc* –procedimiento ordinario-, en un proceso matrimonial o en un proceso penal, el juez puede adoptar como medida excepcional para la 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

1 Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (RJ 1987/5809); las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996/472); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 24 de febrero de 2015 (JUR 2015/94911).

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



u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella, o las ejercen con daño y perjuicio para sus hijos¹.

En todo caso, esta vigilancia judicial se ve completada con la intervención de la Administración pública en los casos en que el menor sometido a patria potestad se encontrara en situación de desamparo, esto es, cuando se vea privado de la necesaria asistencia moral y material –artículo 172 del Código Civil-, con la consiguiente suspensión de la patria potestad, en su caso².

Ahora bien, tanto la suspensión como la privación 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, salvo que la situación persista indefinidamente, lo que puede justificar la adopción del menor.

II. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y LA DROGODEPENDENCIA

2.1. 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, que establece: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a

la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.- Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”³. Por lo que, el interés o beneficio del propio menor ha de ser siempre el fundamento de toda intervención en la intimidad familiar, y, en consecuencia, en lo que representa la privación de la potestad de los padres⁴. Al interés superior del menor se refiere, precisamente, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil –reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵-

3 En similares términos, se expresa el 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 incapacitado 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 99 del Decreto-Legislativo 1/2011, de 23 de marzo del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón” el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas 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”.

4 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 1998 (RJ 1998/1495); de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2982); de 10 de febrero de 2012 (RJ 2012/2041); y, de 6 de junio de 2014 (RJ 2014/2844), entre otras.

5 Señala en el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley que, este concepto de interés del menor “se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una

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

2 Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2ª, de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/108820) suspensión de la patria potestad, padre con hábitos alcohólicos y madre con minusvalía psíquica que le impide desempeñar sus funciones de madre de forma responsable.



cuando señala que: “1. Todo menor tiene derecho a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretará de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

Como se observa, en el citado artículo 170 del Código civil no se hace referencia expresa a causas concretas que puedan dar lugar a la privación de la patria potestad, puesto que dicho precepto se enuncia de una manera general fundamentando dicha privación en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

Ello significa que el padecimiento de adicciones o drogodependencias por parte de los padres no se encuentra mencionado explícitamente como causa de privación de la patria potestad.

Dichas causas son de apreciación del Juez o Tribunal en base a los preceptos que regulan los deberes inherentes a la patria potestad. Por tanto, y como luego se verá, los padres aquejados de adicciones que, por dicha razón incumplan estos deberes, pueden ser privados de la patria potestad.

solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

Dado que existe un régimen general de aplicación a la privación de la patria potestad, conviene realizar una exposición de los elementos más importantes que determinan dicha privación, toda vez que dicho régimen es de aplicación a los supuestos en que los padres son personas con problemas de adicción.

Ahora bien, en este contexto, hay que señalar que, 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 (Miralles González, 2000, pp. 1211; Ruisánchez Capelastegui, 2006, pp. 38-39; Castán Pérez-Gómez, 2001, p. 815; Linacero de la Fuente, 2016, p. 404)¹.

Sin embargo, no faltan, al respecto, 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

¹ Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4ª, de 29 de junio de 2001 (JUR 2001/230208) que precisa 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; de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7ª, de 24 de septiembre de 2001 (JUR 2001/317469); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, 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; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 15 de octubre de 2008 (JUR 2009/26435); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de julio de 2009 (La Ley 122500/2009), y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 26 de marzo de 2010 (La Ley 72600/2010), entre otras muchas.



sus hijos (Pérez Álvarez, 2016, p. 401)¹; 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 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 (artículo 152.4 en relación con el artículo 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 (Seisdedos Muiño, 2001, pp. 558-559; y 1998, p. 358; Ballesteros de los Ríos, 1997, p. 63; Fuentes Noriega, 1986, p. 199; Lacruz Berdejo, 2010, p. 410). Sin que, finalmente, falten autores para quienes además de una finalidad protectora del menor, esta medida tiene una función punitiva, pues, se castiga al propio progenitor (Castillo Martínez, 2000, pp. 83-84 y 110); y, asimismo, se afirma que, la misma se torna en 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 personalidad².

1 Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, de 17 de enero de 2008 (LA LEY 7962/2008).

2 Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 26 de mayo de 2008 (LA LEY 94307/2008).

En todo caso, de considerarse que el artículo 170 del Código Civil contiene una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva³, pues, la naturaleza jurídica de la patria potestad, concebida como derecho de carácter social, imprescriptible e indisponible, impone, precisamente, una interpretación restrictiva de sus limitaciones⁴. 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 que implica la privación, por su especial gravedad, ha de ser excepcional, y, adoptarse con suma cautela, atendiendo a las circunstancias del caso concreto⁵; lo que implica que no basta para su

3 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2982); de 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7625); y, de 16 de febrero de 2012 (RJ 2012/3923); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, 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 1ª, de 4 de septiembre de 2009 (La Ley 261948/2009); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 2ª, de 14 de julio de 2010 (La Ley 130899/2010).

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

5 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 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 Badajoz, sección 1ª, de 11 de diciembre de 2000 (JUR 2001/54306); de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, de 16 de abril de 2010 (La Ley 97598/2010); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 24 de junio de 2010



adopción 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 Civil¹. Al respecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 1998 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 han de tenerse en cuenta para juzgar los actos de los padres “exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación (...), pero en modo alguno puede prescindirse que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige siempre tener presente

(La Ley 147092/2010); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 3 de noviembre de 2014 (JUR 2015/42850), entre las más recientes.

¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de junio de 2014 (RJ 2014/2844) además de señalar que, requiere ineludiblemente la inobservancia de deberes de modo constante, grave y peligroso para el hijo, dispone que, la declaración de desamparo es el momento de determinación de estar incurso en causa de privación; y, de 9 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5157) que, igualmente, se constata que para la privación de patria potestad resulta necesario la existencia de un incumplimiento de los deberes de forma grave y reiterada, y que, ha de tratarse tal privación de una medida beneficiosa para el hijo; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de septiembre de 1992 (AC 1992/1175); asimismo, sobre la base del principio del interés del menor, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, 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.

el interés del menor informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento (...)”².

Ahora bien, conviene precisar que, la privación de la patria potestad no afecta a la obligación de asistir a los menores que tienen los padres, por lo que se les debe seguir prestando alimentos, toda vez que la pensión alimenticia se configura como una obligación impuesta por la ley en atención a la filiación, de carácter irrenunciable, indiscutible y permanente (artículos 110 y 111 *in fine* del Código Civil). Este deber de velar y prestar alimentos a los hijos se mantiene, pues, en los casos de privación de la patria potestad, y, asimismo, habría que hacerlo extensivo a los casos de suspensión de la patria potestad.

En fin, se trata de una medida temporal³, -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 hijo⁴; ha de ser decretada judicialmente, y fundada precisamente en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, que ha de probarse⁵, y, puede ser total o parcial⁶.

² RJ 1998/1495.

³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2004 (RJ 2004/4371); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1ª, de 19 de septiembre de 2008 (La Ley 225497/2008).

⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila de 18 de junio de 1999 (AC 1999/2279), y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, 22 de mayo de 2014 (AC 2014/1408).

⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 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).

⁶ Vid., el artículo 90 del Código Foral aragonés que 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. 2. Los Tribunales podrán, en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad



2.2. Presupuestos para la privación de la patria potestad. Referencia a las situaciones de drogodependencia

Se pueden concretar los mismos en los siguientes:

1. La existencia de un incumplimiento habitual, grave o reiterado de los deberes inherentes a la patria potestad o como pena o medida de protección ante determinadas conductas delictivas. Este incumplimiento puede derivarse de situaciones de drogodependencia, alcoholismo, psicopatías, aunque se requiere una cierta prolongación en el tiempo del citado incumplimiento, por lo que debe haber transcurridos varios años donde se constate un total desentendimiento de las obligaciones para con el hijo¹. Una existencia y subsistencia plenamente probadas².

familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación. 3. Este precepto será aplicable a la autoridad familiar de otras personas"; y, el artículo 236.6.1 del Código Civil catalán que establece al respecto que: "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 incapacitado sufre abusos sexuales o malos tratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista".

1 Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004/6642) determina la ausencia de relación y la prestación de alimentos del padre respecto de sus hijos durante seis años. O en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5ª, de 24 de marzo de 2006 (JUR 2006/169454) durante más de ocho años. Por su parte, en el caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5157) el padre no se relaciona con la hija ni acude a un punto de encuentro familiar. Se hace dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico. Asimismo, no se ha entendido como causa de privación, los incumplimientos esporádicos que, no tienen entidad suficiente y no son probados. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7625).

2 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (RJ 1994/6502);

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. En este sentido, hay que tener en cuenta que en los casos de adicciones es posible la recuperación de la persona adicta, lo cual determinaría la recuperación de la patria potestad. No obstante, hay que tener en cuenta el alcance de la adicción, pues en algunos casos dicha adicción determina la imposibilidad de reestablecer la patria potestad. Sin embargo, como se ha reiterado, ello se deja al arbitrio del Juez, quien deberá recabar, en su caso, el correspondiente informe pericial.
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.

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 tenidas 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); de 27 de noviembre de 2003 (RJ 2004/296); 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 paterno-filiales; de 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7625).



6. Incumplimiento voluntario de los deberes paterno-filiales. Por lo que no es posible entenderlo como causa de privación de la patria potestad, si se debió a causas no imputables al progenitor como estancia en el extranjero por motivos laborales, una larga enfermedad, estar en prisión, o ser resultado de la obstaculización por parte del otro progenitor –síndrome de alienación parental-. En este sentido resulta interesante la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2004 (RJ 2004/5333) establece al respecto que: “...Es de todo punto respetable aceptar y hacer propios los razonamientos del Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, cuando afirma que lo determinante de la privación de la patria potestad es que se haya producido un incumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la misma, lo que no ha resultado probado en ningún momento, tal como declara expresamente el Juzgado de Primera Instancia en su fundamento jurídico primero. (Por el contrario, después de afirmar que “el padre del menor ha sido consumidor de drogas, habiendo realizado programas de desintoxicación”, añade que “el demandado no ha incumplido sus deberes paternos, sino en la medida que se lo ha dificultado la madre, pero sin que quede acreditado que haya sido por la propia voluntad su falta de comunicación con el menor”); y es aceptado por la Sala de apelación que, incluso, añade que el demandado “no ha realizado acto o consumo de drogas desde el día 17 de abril de 1995... y que el que no haya contribuido económicamente a satisfacer las necesidades del hijo no ha sido acreditado que haya sido en virtud de conducta voluntaria, sino

de paro y de carencia de ingresos y propiedad de bienes”.

7. La razonable necesidad, oportunidad, y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor; en esencia, que sea beneficiosa para el mismo¹.

La sentencia que dictamina la privación de la patria potestad puede alcanzarse por tres cauces distintos ya señalados, 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 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 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 podrá determinar de oficio en un proceso matrimonial (Zurita Martín, 2003, p. 867).

2.3. Modalidades de privación de la patria potestad

Se recoge expresamente en el citado artículo 170 que la privación de la potestad de

¹ 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); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, 18 de enero de 2000 (AC 2000/157); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 3ª, de 1 de marzo de 2000 (AC 2000/3914).



los padres dictada en sentencia judicial puede ser total o parcial¹. 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. Supone una limitación en el ejercicio de la misma que está ya prevista en el artículo 156 del Código Civil. No obstante, es posible atribuir el ejercicio exclusivo de la guarda a uno de los progenitores, lo cual evita también la privación de la patria potestad. De todas formas, se podrían considerar casos de privación parcial aquellos supuestos en que la adecuada protección del menor exige una modalización, restricción o eliminación del derecho de visitas (Ruisánchez Capelastegui, 2006, pp. 40-41)². En todo 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 11/1981, de 13 de mayo (Fuentes Noriega, 1986, p. 200).

Por otra parte, como hemos manifestado en líneas precedentes, la privación de la potestad se presenta, con carácter general,

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

2 La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 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 aquél, hasta el comienzo del curso escolar, estableciendo, asimismo, que durante la fase transitoria el progenitor habría de proveer a la manutención de su hijo con la cantidad fijada en la sentencia, y atender a todos los gastos extraordinarios del mismo. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8ª, de 4 de julio de 2000 (JUR 2000/285324) se reducen las visitas a favor del padre por su condición de politoxicómano y se impone que sean con presencia de un adulto de confianza; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 26 de enero de 2016 (JUR 2016/48441) suspensión del régimen de visitas por sentencia condenatoria en juicio de faltas por incumplimiento de obligaciones familiares relativas al régimen de visitas y alimentos.

como una medida temporal, dada su posible recuperación o rehabilitación, siempre que cesen las causas que motivaron su pérdida. Así sucede en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2ª, de 27 de enero de 1999 (AC 1999/43) en la que la madre drogadicta que se ha sometido a un tratamiento de desintoxicación con resultados positivos y señala el tribunal que en cuanto normalice su situación se puede plantear una recuperación de la menor³. Si bien, conviene recordar que, la privación de la patria potestad con limitación temporal viene también determinada por el carácter excepcional de la medida, y teniendo presente que se adopta siempre en interés del menor. En todo caso, tal carácter temporal se predica, igualmente, en el ámbito penal, pues, la inhabilitación para el ejercicio de la potestad es necesariamente temporal.

Ahora bien, aunque se prioriza siempre el interés del menor y su reintegración en la propia familia, en los casos de suspensión o privación de la patria potestad o la remoción de la tutela ordinaria ante una situación de desamparo de los menores y la asunción de la tutela por la Entidad Pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores, se puede derivar en propuesta de adopción cuando exista una garantía fundada de imposibilidad definitiva de retorno del menor con la familia de origen. Por lo que, 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 (artículo 169.3 CC); no obstante, con la reforma del artículo 178 del Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la

3 Vid., también en este sentido las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4ª, de 29 de abril de 2002 (JUR 2002/168327), y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1ª, de 6 de junio de 2014 (JUR 2014/220472).



infancia y a la adolescencia se incluye la posibilidad de que a pesar de que al constituirse la adopción se extingan los vínculos jurídicos entre adoptado y su familia de origen, puedan mantenerse con algún miembro de ella alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones, lo que podría denominarse como adopción abierta.

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 (Castillo Martínez, 2010, p. 265). Asimismo, el carácter discrecional de la medida reduce el ámbito de control casacional de su aplicación por los tribunales de instancia; sin embargo, no es absoluta tal discrecionalidad, pues, la norma establece unos límites que la decisión ha de respetar: 1. La medida ha de adoptarse en interés o beneficio de los hijos; y, 2. La privación de la patria potestad total o parcial no constituye una sanción perpetua sino condicionada a la persistencia de la causa que la motivó como establece el artículo 170.2 del Código Civil al regular la recuperación de aquélla. Ciertamente, la medida adoptada en la instancia no es susceptible de casación, salvo error de derecho en la apreciación de la prueba¹.

De todas formas, en algún caso se ha acordado la suspensión temporal de la patria potestad en lugar de la privación, pensando

¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2982); de 12 de julio de 2004 (RJ 2004/4371); de 10 de noviembre de 2005 8RJ 2005/7625); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 12 de febrero de 2015 (JUR 2015/215728).

en una futura rehabilitación de aquella en interés del menor y ser más conveniente que la privación².

2.4. Supuestos legales de privación de la patria potestad. La inclusión de las adicciones de los progenitores

El artículo 170 del Código Civil se limita a precisar como causa genérica de privación 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 y constante o reiterado³.

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 –en esencia, que sea peligroso para los hijos menores de edad-. 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 que tiene lugar sobre el desarrollo integral de la personalidad del menor, y que, según su gravedad o repercusión

² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 9 de julio de 2008 (JUR 2008/336971).

³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 1999 (RJ 1999/1130) señala en su *Fundamento de Derecho* 4º 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”.



sobre el mismo, 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, y, como hemos indicado, va a ser objeto de apreciación judicial con un grado de discrecional amplio en la atención a las circunstancias concretas del caso, y, teniendo siempre presente el beneficio o interés del menor¹.

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. (Ruisánchez Capelastegui, 2006, pp. 69-70).

Estas conductas o comportamientos de los progenitores suponen un incumplimiento o contravención de los deberes que, derivan

1 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3108) que, ha declarado que no se ha de distinguir, si es o no voluntario el incumplimiento de los deberes, que encarnan 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 Álava, sección 1ª, de 4 de marzo de 2008 (La Ley 39302/2008); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 29 de abril de 2008 (JUR 2008/178044); de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, sección 4ª, de 14 de mayo de 2009 (La Ley 160646/2009); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 24 de junio de 2009 (La Ley 147824/2009), entre las más recientes.

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 doméstica². En los malos tratos psíquicos se incluyen conductas de los padres sobre sus hijos como el trato denigrante, las amenazas, insultos, etc.³. Aunque habitualmente, vienen

2 Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de septiembre de 1992 (AC 1992/1175) en la que 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; de la Audiencia Provincial de Jaén de 26 de febrero de 1999 (AC 1999/3732), en la que 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; de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3ª, de 10 de abril de 2000 (AC 2000/4510) en la que 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; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 20 de diciembre de 2002 (JUR 2003/92645) maltrato prenatal sufrido por el menor; de la misma Audiencia y sección de 4 de febrero de 2003 (JUR 2003/141013); de la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de marzo de 2003 (JUR 2003/141898); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 30 de abril de 2014 (JUR 2014/275206).

3 Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de



acompañados de malos tratos físicos. En alguna ocasión, la privación de la patria potestad es causada por el maltrato a los padres por parte del hijo¹.

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 del que tiene lugar respecto de cualquier otro familiar o pariente/s cercano al menor². 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 potestad³. 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); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 12 de febrero de 2003 (JUR 2003/186517).

1 Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 22 de mayo de 2014 (AC 2014/1408).

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

3 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); de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223), y, de 2 de octubre de 2003 (RJ 2003/6400). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 31 de octubre de 2012 (JUR 2013/201313), y, de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de marzo de 2015 (ARP 2015/1391). En el mismo orden, el hecho de que una persona sea condenada por un delito de lesiones a su cónyuge que, además, le ha ocasionado en presencia de los hijos menores es causa de privación de la patria potestad, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra

de todas formas, con la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2010, de 22 de junio, en todos los casos en los que un progenitor ha dado muerte al otro, el juez o tribunal si lo estima adecuado para el interés del menor o incapaz puede imponer tanto la pena de privación como la de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, pero debe justificarse que esa medida se toma en interés del menor (artículo 39 j)). Se establece con ello la posibilidad que, se imponga la privación de la patria potestad como pena autónoma. Hasta la citada reforma, el Juez o Tribunal solo podría imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (STS Sala de lo Penal, sección 1ª, de 30 de septiembre de 2015)⁴.

Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de la Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2016⁵.

No obstante, aun existiendo una conducta violenta entre los progenitores, en alguna ocasión se ha considerado que, si ésta no tiene lugar en presencia del menor, puede no aplicarse como medida la privación de la patria potestad, pues se entiende que, previsiblemente no existirá perjuicio, ni riesgo en el adecuado desarrollo del menor al desconocer la existencia de tal situación conflictiva. Si bien, conviene precisar que, la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito parte de un concepto amplio de víctima respecto de cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que, se le haya irrogado. Comprende a la víctima directa, y también a las víctimas indirectas como familiares y asimilados. Asimismo, el interés del menor actúa a modo de guía para cualquier medida y decisión que, se tome en relación

de 19 de enero de 1998 (AC 1998/95) y, de la Audiencia Provincial de Lleida de 29 de julio de 1999 (AC 1999/1644).

4 RJ 2015/4381.

5 JUR 2016/260831.



a una menor víctima de un delito durante el proceso penal. Al respecto, el artículo 2 a) señala como víctima directa “a toda persona física que haya sufrido daño o perjuicio sobre sus propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”. De forma que, en cualquier caso habrá que, constatar en estas situaciones, si el menor sufre algún daño o perjuicio. Por otra parte, la disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y se viene a reconocer en su artículo 1.2 a los menores como víctimas de violencia de género con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que, se puede ejercer sobre ellos. Y, tal reconocimiento como víctimas de violencia de género conlleva la modificación de los artículos 61, 65 y 66. Estos dos últimos determinan la suspensión de la patria potestad o custodia de menores y, asimismo, la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores respectivamente.

Ahora bien, dentro de la falta de un adecuado cumplimiento de los deberes paterno-filiales se incluyen también 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 adecuado y completo desarrollo de su personalidad¹. Estos supuestos de des-

1 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, 23 de septiembre de 2002 (RJ 2002/7868), el padre y la madre de cinco niñas desatienden de forma manifiesta a los menores, que presentan una retraso intelectual evidente; de 11 de octubre de 2004 (La Ley 211395/2004); de 12 de julio de 2004 (La Ley 165139/2004); y, de 9 de noviembre de 2015 (RJ

atención, de abandono 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 la Entidad Pública que, en el respectivo territorio tienen encomendadas la protección de menores (artículo 172 Código Civil), con las consiguientes medidas de acogimiento y adopción del menor que, desde las mismas se puede adoptar en interés precisamente de aquél².

Por otra parte, la imposibilidad física e imposibilidad moral del cumplimiento de los deberes paterno-filiales puede ser consecuencia también de una ausencia prolon-

2015/5157) no se relaciona con la hija ni acude al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico; y, las sentencias de la Audiencia A Coruña, de 28 de febrero de 2008 (La Ley 40414/2008); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 26 de marzo de 2009 (La Ley 13800/2009); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 1 de julio de 2009 (La Ley 122302/2009); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9ª, de 30 de enero de 2012 (AC 2012/1477); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 29 de marzo de 2012 (JUR 2012/155691); de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, de 18 de abril de 2012 (JUR 2012/192006); de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, de 23 de septiembre de 2013 (JUR 2013/347678); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 19 de febrero de 2014 (JUR 2014/85438); de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1ª, de 20 de febrero de 2014 (JUR 2014/71798), y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 10 de junio de 2015 (JUR 2015/188499), entre una abundantísima jurisprudencia al respecto. 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 1ª, de 29 de marzo de 2001 (RJ 2001/9852).

2 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 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; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 12 de julio de 2005 (JUR 2005/233527); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 22 de enero de 2009 (La Ley 124557/2009).



gada del titular de la patria potestad en los supuestos de falta de libertad por ingresar en prisión¹; o por encontrarse en paradero desconocido², o por no tenerse noticias certeras de su situación y residencia³. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 28 de septiembre de 2004 (JUR 2004/310319) contempla el caso de un padre toxicómano y cumpliendo condena de forma fehaciente, sin que se constatare sus intentos de desintoxicación, además de una falta de interés por la hija, determinó la privación de la patria potestad.

Como, igualmente, la falta de idoneidad del titular de la patria potestad puede venir motivado por circunstancias personales de los padres que, impliquen dificultades objetivas para asumir las obligaciones derivadas de la potestad, bien por ausencia de medios económicos y de vivienda⁴; o por enferme-

dades psiquiátricas o graves trastornos de la personalidad, entre los que se encuentran los derivados de toxicomanías o alcoholismo⁵; o por la propia incapacidad de un progenitor o progenitores, siempre que en todos estos casos, se cause un daño, poniendo en peligro o riesgo al menor⁶.

En este sentido, esa falta de idoneidad puede venir determinada por la drogodependencia o alcoholismo de los padres. Así, en 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; por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 8 de mayo de 1998 (AC 1998/5678) contempla el caso de drogodependencia de la madre que

y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de mayo de 1996 (AC 1996/944); de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de junio de 2003 (JUR 2003/190763); y, de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1ª, de 5 de noviembre de 2009 (La Ley 224488/2009).

5 Vid., las sentencias 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; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, 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; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, 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; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 2 de julio de 2004 (AC 2004/2211) privación a la madre aquejada de toxicomanías y afectada por una profunda depresión, con periodos de rehabilitación y recaídas, lo que le imposibilita para tener en su compañía a su hija; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 7 de abril de 2014 (AC 2014/1851) adiciones al alcohol y múltiples drogas, trastornos mentales y comportamientos que le incapacitan como padre para el cumplimiento de los deberes que integran la patria potestad.

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

1 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 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; y, de 24 de mayo de 2000 (RJ 2000/3941). 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. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2000 (RJ 2000/3941).

2 Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 16 de febrero de 2012 (JUR 2012/89623).

3 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).

4 Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2004 (La Ley 165139/2004);



ha llevado una vida completamente desordenada y le ha impedido una relación con su hija; y aunque está tratando rehacer su vida y sus costumbres, de momento no se puede descartar que la recuperación vaya a ser total y definitiva, considerando que si bien al día de hoy resulta preferible que las funciones tuitivas las ostenten aquellas personas que de manera efectiva llevan varios años dedicados a la atención de sus cuidados en todas sus necesidades vitales, sin que ello signifique un alejamiento de la niña respecto de sus padre, muy al contrario, pueden seguir manteniendo el contacto y relación con ella; por lo que el Tribunal dictamina mantener el acogimiento de la menor por los abuelos¹.

1 Vid., en similar sentido las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, 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; de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2ª, de 27 de enero de 1999 (AC 1999/43) se somete a la menor a acogimiento familiar simple y sometida al cuidado, guarda y custodia de sus abuelos paternos, previa declaración de desamparo por la toxicomanía y ejercicio de la prostitución de la madre; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, de 10 de marzo de 1999 (AC 1999/592) el padre y la madre son drogadictos, y no atienden a sus hijos en lo que constituyen sus necesidades básicas, alimentación, higiene, cuidados médicos y atención personal; proceso de desintoxicación insuficiente para separar a los menores de la familia de acogida; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4ª, de 14 de julio de 2000 (AC 2000/2046) alcoholismo y deficiencias socio-culturales en el padre de los menores, carece de trascendencia el hecho de que en su internamiento penitenciario haya venido manteniendo un buen comportamiento —como se infiere del informe del educador de la prisión—; de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, de 23 de octubre de 2000 (JUR 2001/44573) padre adicto a las drogas que cumple condena en un centro penitenciario, informe psicosocial que acredita el temor del hijo menor de edad a su padre; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3ª, de 11 de noviembre de 2000 (JUR 2001/76811) drogodependencia de ambos progenitores, adición a la heroína; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, de 4 de enero de 2001 (JUR 2001/219187) padre toxicómano, y madre ingresada en prisión; remisión a la entidad pública de la Comunidad Autónoma a que corresponde la que asuma la protección y tutela de los menores; de la Audiencia

Hay que considerar que estas adicciones de los padres a veces van unidas al ingreso en prisión de los mismos por la comisión de un delito como tráfico de drogas² o de causar algún tipo de maltrato al menor³.

Provincial de Baleares, sección 3ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/139719) padres inmersos en la drogadicción y marginalidad, imposibilidad física y moral del ejercicio de la patria potestad; de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 1ª, de 30 de mayo de 2001 (AC 2001/1458) drogodependencia de sus padres. A los ocho meses hubo de ser recogida de la calle, donde estaba durmiendo, por la Policía Municipal de Santander, que la ingreso en el Jardín de Infancia; de la Audiencia Provincial de Álava, sección 2ª, de 3 de julio de 2001 (JUR 2001/264400) padre vinculado al mundo de la droga, incapaz de atender a la niña menor en continua situación de riesgo cuando se encuentra con el padre; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 3ª, de 25 de octubre de 2001 (JUR 2001/332429) sometida la madre a un programa con tratamiento de metadona; carece de actividad laboral y reside en una vivienda carente de luz y de agua, lo que supone una situación de riesgo para el menor; de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3ª, de 29 de noviembre de 2002 (JUR 2003/78537) condición de toxicómanos de ambos padres, desatención a la menor, y cuidado por los abuelos paternos sin que exista aportación económica por los padres con destino a la menor; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003/196273); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, 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, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 5 de julio de 2004 (JUR 2004/306106) privación de los padres por su acreditada toxicomanía, desatención de los hijos y carencia de medios para atender las necesidades de los hijos.

2 Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de León, de 7 de octubre de 1994 (AC 1994/2398); y de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 4ª, de 30 de diciembre de 2005 (JUR 2006/142655) situación de drogadicción del padre no superada que le ocasiona caer en actividad delictiva.

3 Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2ª, de 8 de abril de 2000 (JUR 2001/106624) existencia de antecedentes de alcoholismo y abandono del domicilio y autora de lesiones a la menor; y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 20 de diciembre de 2002 (JUR 2003/92645) maltrato prenatal sufrido por el menor consecuencia de la drogodependencia de la madre y carencia de apoyos familiares y sociales y conducta delictiva del padre del menor.



No obstante, en ocasiones dicha situación no conlleva la privación pese a constatarse su existencia o antecedentes de tales patologías. Así, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona de 27 de enero de 1999 (AC 1999/43) y de la Audiencia Provincial de Lleida de 2 de junio de 2000 (AC 2000/5123) no se priva de la patria potestad a la madre, aun siendo toxicómana y haber ejercido la prostitución, pues no concurre situación de peligro para el menor al estar acogida por los abuelos y haber iniciado la madre un tratamiento de deshabituación, por lo que el Tribunal presume que podrá asumir sus deberes¹.

Asimismo, puede no tener lugar la privación cuando en casos de toxicomanía o alcoholismo del progenitor, éste manifiesta un

deseo de rehabilitarse, pues, en estos casos, no se ha considerado que sea beneficioso para el menor la privación de la patria potestad si se pretende un restablecimiento de las relaciones paterno filiales; en todo caso, procede una suspensión temporal y la posible asunción de la guarda de forma provisional por la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores, si son ambos los progenitores los que se encuentran en tales situaciones patológicas, o simplemente, la suspensión de la patria potestad respecto del que se encuentre en tal situación, correspondiendo el ejercicio de aquélla exclusivamente en el otro progenitor².

¹ Igualmente sucede en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de noviembre de 1994 (AC 1994/2510) no se priva al padre de la patria potestad pese a la tendencia del padre al consumo de drogas que, no se acredita cuando se presenta la demanda, sin que en autos consta el deseo del demandado de dejarlas y como no se ha demostrado que consuma drogas en la actualidad, ni que haya faltado al cumplimiento de los deberes inherentes a su condición de padre, cuando dejó de prestar asistencia pecuniaria a su hija, fue por rechazo de la madre, a consecuencia de que los padres del demandado no quisieron firmar el convenio firmado por la madre, por consiguiente no puede apreciarse la inexistencia del cumplimiento de sus obligaciones para con la hija; por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 3 de mayo de 2001 (JUR 2001/21909) no procede la privación de la patria potestad al padre al haber superado la drogodependencia y falta de acreditación de su carácter agresivo; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 19 de marzo de 2002 (JUR 2002/151692) se constata la rehabilitación de la drogodependencia y reinserción en la sociedad después de su estancia en prisión, por lo que no procede la privación; y, en fin, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 12 de abril de 2007 (JUR 2007/202053) ha superado el padre su alcoholismo, reordenando su vida y dispone de trabajo estable; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, 9 de octubre de 2009 (JUR 2009/490119) el padre adicto a las drogas y al alcohol sigue un programa de tratamiento de la dependencia y no consta prueba alguna de que exista un incumplimiento grave y reiterado de sus obligaciones paternas.

² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 23 de febrero de 2006 (JUR 2006/111218) en la que se indica que: "Debe tenerse en cuenta, tal como ha quedado acreditado en los presentes autos, que la madre de la menor Sra. Sofía tiene un trastorno límite de la personalidad agravado por el consumo de cocaína. Ha iniciado varios tratamientos de deshabituación que ha abandonado, y ha hecho varios intentos de autolisis. En el momento de la celebración de la Vista estaba siguiendo con éxito un tratamiento, y se encontraba abstinente del consumo de drogas cuya adicción padece. Este desequilibrio en su vida está afectando a su hija y a pesar de que varios profesionales aconsejan un sistema pautado de visitas materno-filial, la Sra. Sofía que, según consta en el informe del Gabinete psicosocial, tiene escasa empatía con los problemas que su conducta está afectando a su hija, insiste en no cumplir el régimen de visitas que se ha fijado en sentencia, que debe ser estrictamente respetado, a fin de evitar la alteración que su incumplimiento produce en la menor, según se constata en el informe de la psicóloga de la menor, obrante al folio 166 de las actuaciones. Ahora bien, a pesar de tal actuación de la Sra. Sofía, no se ha acreditado que su conducta se haya producido de forma voluntaria consciente y reiterada de manera que proceda acordar la privación de la patria potestad sobre su hija, pues consta en el informe referido del Gabinete psicosocial que, a pesar de la situación preocupante de la menor, destaca la presencia de vinculación afectiva con la figura materna. El nexo materno-filial no se ha roto y la madre muestra un destacado interés por su hija y por tener relación con ella, pero debido a sus problemas personales su actuación respecto a la menor no es lo equilibrada y ecuánime que debiera". Por lo que la solución no pasa en este caso "por privar de la pa-



En todo caso, desde la enumeración expuesta, el incumplimiento de los deberes o el cumplimiento defectuoso de los mismos por parte de los padres que, da lugar a la privación de la patria potestad por causar daño o perjuicio en el hijo menor, opera en lo que representa exclusivamente la esfera personal de aquél; y, aunque corresponde a los padres la representación legal de sus hijos menores de edad 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 pueden 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 un 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 citado cuerpo legal¹. De optarse, no obstante, por aplicar una medida que suponga privación, será una privación parcial que alcance exclusivamente a la facultad de administración.

Ahora bien, para que surta efecto la privación de la patria potestad, no resulta

tria potestad a la demandada, de la que no se acredita ninguna agresión u otro acto voluntario perjudicial en relación con su hija, salvo el daño que ha podido hacerle su actitud consecuencia de su situación personal referida al consumo de drogas junto con su trastorno de la personalidad, que no es poco; por lo que estima este Tribunal que puede protegerse a la menor sin acudir a la privación de la titularidad de la patria potestad de la madre, como se pretende, sino conduciendo el régimen de visitas por los cauces que otorguen a María Milagros la protección necesaria, tal como ha acordado la Juez de Instancia, con buen criterio, por lo que procede confirmar la sentencia recurrida, desestimando el recurso de apelación planteado”.

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

necesario que, al incumplimiento de los deberes de los que son titulares los padres, se acompañe, asimismo, la exigencia de una culpabilidad o negligencia en su actuación, o un comportamiento doloso de los progenitores². En consecuencia, para que proceda la medida de la privación no es necesario probar además de la concurrencia 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 imputadora. 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

2 Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 18 de mayo de 2007 (LA LEY 149869/2007).



derecho-función que representa la patria potestad (Ruisánchez Capelastegui, 2006, pp. 111-112; Rebollo Varela, 1995, pp. 70-71; Seisdedos Muiño, 2001, p. 559; Valladares Rascón, 1990, pp. 2051-2052; Vargas Cabrera, 1994, p. 16; Sesta, 1999, p. 248)¹.

Ahora bien, como tantas veces hemos reiterado, el incumplimiento de los deberes ha de ser constante, grave y perjudicial para los hijos; por lo que si resulta que el progenitor que ejercita la función de guarda es quien impide o dificulta el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por el otro progenitor, no parece que la medida más justa, sea la privación de la patria potestad²; y si se constata que no hay voluntad incumplidora ni negligencia por los progenitores, pero las circunstancias económicas, o de otro tipo, impiden un adecuado cumplimiento de tales deberes por ambos progenitores o por el único que tiene la titularidad, resulta más adecuado proceder a la declaración de desamparo y suspender temporalmente la patria potestad.

1 Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 23 de febrero de 1999 (RJ 1999/1130); de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2982); y, de la Sala 2ª, de 30 de mayo de 2001 (RJ 2001/6359). 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; así, Seisdedos Muiño, Valladares Rascón, y Vargas Cabrera. Vid., asimismo, en esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 (RJ 1987/6716).

2 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002 (La Ley 306/2003) que señala, al respecto, que, la despreocupación y alejamiento temporal no constituye causa suficiente para decretar la privación de la patria potestad; de 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7625) constancia de la precaria situación económica del demandado y de los infructuosos intentos de visitas a sus hijos; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, 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.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES FRENTE A LAS SITUACIONES DE RIESGO Y DESAMPARO. SU APLICACIÓN EN LAS SITUACIONES DE DROGODEPENDENCIA

La Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia realiza una profunda revisión de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia y para ello se introducen algunas de las novedades ya contenidas en leyes autonómicas a la par que se aprovecha para introducir algunas otras que pueden recíprocamente servir de modelo o pautas para un posterior desarrollo normativo autonómico. Con esta Ley se pretende garantizar una protección uniforme en todo el territorio del Estado y servir de marco de referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su legislación.

En este contexto, se modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor básicamente en lo referente a la adaptación de los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades que presenta la infancia y la adolescencia y se establece una regulación más completa de las situaciones de riesgo y de desamparo.

Se establecen como principios rectores de la acción administrativa, entre otros, la supremacía del interés superior del menor; el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional; la protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido



o trato negligente, la explotación, la realizada también a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso. Por otra parte, la protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. Si bien en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. En todo caso, cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación. No obstante, toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o a sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise. A tal fin, las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal. Precisamente aquélla podrá asumir, en cumplimiento de

la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

Todas estas medidas pueden ser aplicadas a los menores que se encuentren en una situación de riesgo o desamparo por razón de drogodependencia o alcoholismo en el entorno familiar, que pueden exigir una oportuna intervención de la administración.

Precisamente, en relación con la situación de riesgo en que pueden encontrarse los menores, la actuación o intervención de la administración se orientará a evitar que la situación se agrave y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar.

Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. Si bien, la concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar.



Ya se ha visto que esta medida se ha aplicado por nuestros Tribunales en las diversas sentencias citadas en casos de drogadicción de los padres, pues nuestro ordenamiento jurídico prefiere la inclusión del menor en su grupo familiar siempre que sea posible.

En todo caso, la situación de riesgo será declarada por la Administración Pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable mediante una resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución administrativa incluirá las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo del menor, incluidas las atinentes a los deberes al respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. Los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones, colaborarán activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en el referido proyecto. La omisión

de la colaboración prevista en el mismo dará lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor.

Especial relevancia se otorga a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. Se entiende por situación de riesgo prenatal “la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido”. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección.

Por otra parte, cuando la entidad constate que el menor se encuentra en situación de desamparo –consecuencia por ejemplo, del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que, privan al menor de la necesaria asistencia moral o material-, actuará en la forma prevista en los artículos 172 a 174 del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. De acuerdo con lo establecido en los citados artículos 172 y siguientes del Código Civil, se considerará situación de desamparo “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados



de la necesaria asistencia moral o material". La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos. Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

En esta norma se señalan las circunstancias que dan lugar a una situación de desamparo, haciendo una expresa referencia a la situación de drogadicción como determinantes de la misma.

Así pues, se entiende en particular que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla; b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años; c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea

identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores. Entre estas causas se hace una particular referencia a las situaciones de drogadicción, pues estima en este punto que también hay situación de riesgo cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal; d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. De nuevo se realiza una mención especial a la drogodependencia, pues se señala en este apartado que cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo. Para entender como habitual el consumo de sustancias con potencial adictivo por parte de progenitores, tutores o guardadores se tomará como referencia los criterios de consumo perjudicial, abuso o dependencia que se establecen según las definiciones de la Organización Mundial de la Salud o de la



Asociación Americana de Psiquiatría; o, en fin, un indicador del desamparo lo constituye el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.

Además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la Entidad Pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del código Civil, cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda –lo que se conoce como guarda provisional-. Esta guarda provisional voluntaria tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo. En estos supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional.

En todo caso, la guarda de los menores se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores. Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que

permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses. El acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, pudiendo en este último caso ser especializado. El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos: a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda; b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva; y, c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor.

Finalmente, hay que señalar que la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores



en representación del menor y que sean en interés de éste. Y, asimismo, como novedad, indicar, por un lado, que la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procede, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela; y, por otro, que se podrá determinar por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos.

IV. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Si la privación alcanza a uno de los progenitores, el otro continuará en la patria potestad, y si afecta a ambos, se procederá al nombramiento de tutor, o en su caso, a la constitución de la adopción. No obstante, aunque no ejerza la patria potestad el padre o madre tienen derecho a relacionarse con los hijos –derecho de visitas que podrá ser supervisado por una tercera persona o en un punto de encuentro familiar-¹; si bien en la adopción de cualquier medida de guarda o de otro tipo que afecte a menores de edad, será necesario analizar cada caso concreto; y siempre habrá de atenderse al interés superior o beneficio de aquellos.

En todo caso, la privación podrá promoverse por la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal, y derivarse en adopción en caso de desamparo del menor y la asunción por la Entidad Pública de la tutela y se constante la imposibilidad de retorno con la familia de origen. Asimismo,

¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 2 de julio de 2004 (AC 2004/2211).

atendiendo a lo dispuesto en el artículo 158.1 del Código Civil que habilita al juez para dictar “*las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de la guarda*”, puede el juez acordar, mientras se resuelve sobre la privación de la patria potestad, la formalización de un acogimiento familiar simple (artículo 172 bis.2 del Código Civil).

Por otra parte, aunque se opte por la privación de la patria potestad, se puede mantener un derecho de visitas con el objeto de evitar una total ruptura de relaciones con el progenitor privado de la patria potestad que derive en una situación irreversible e irrecuperable de las relaciones paterno-filiales (artículo 160 del Código Civil). Al respecto señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7734) que “el artículo 160 contempla el supuesto bien concreto de que el padre o la madre no ejerzan la patria potestad, para reconocerles el derecho a relacionarse con sus hijos, lo que podrá impedirse si concurren justas causas”. El derecho de visitas debe estar, pues, subordinado siempre al interés y beneficio del menor y este sentido proteccionista se manifiesta bien claramente expresado en la *Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas*, de 20 de noviembre de 1989, en cuanto que su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del menor de sus padres, cuando, conforme a la Ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en interés superior del niño; y en este sentido, la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* sienta como principio general la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículos 2 y 11-2.a)), y aplicable por tanto al régimen de visitas, al ser el inspirador de las relaciones personales con los menores y ha de ser respetado por todos los poderes públicos, padres, familiares y ciudadanos y so-



bre todo por los juzgadores, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del menor, evitando que pueda ser manipulado o sujeto de actuaciones reprobables, pues progresivamente, con el transcurso de los años, se encontrará en condiciones de decidir lo que pueda más convenirle para su integración tanto familiar como social. No obstante, el derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor, y en este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad, para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto¹.

¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo 30 de abril de 1991 (RJ 1991, 3108); de 21 de julio de 1993 (RJ 1993, 6175); y, de 29 de junio de 2012 (RJ 2012, 8190). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9ª, de 12 de febrero de 2016 (AC 2016/995) que señala, al respecto, que: "no nos encontramos con situaciones de maltrato u otras que impliquen la indicada probabilidad directa y sería de peligro para la salud de la hija, de hecho el abandono emocional y la consecuente decepción y tristeza de la menor para con su padre, es posible que pueda llegar a corregirse con un régimen de visitas, aunque sea restrictivo. Ya la sentencia de instancia se afirma que la niña reconoce que su padre va a verla en sus cumpleaños y que alguna vez se lo ha encontrado en la puerta de su casa, así como que se emociona cuando habla del mismo, no se considera que sea beneficioso para la menor la total ruptura de relaciones con su progenitor". Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 26 de enero de 2016 (JUR 2016/48441) se suprime el régimen de visitas por sentencia condenatoria en juicio de faltas por incumplimiento de obligaciones familiares relativas al régimen de visitas y alimentos. Y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9ª, de 20 de junio de 2016 (JUR 2016/245273) se dispone que: "lo procedente y beneficioso para el menor, es reintegrar al padre en el ejercicio de la patria potestad (recuperación de la patria potestad) y fijar siguiendo en esto al informe pericial un régimen de visitas en domingos alternos sin pernocta y sin perjuicio de cambiar

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso Pérez, M. (1997). "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras", *Actualidad Civil*, número 2, semana del 6 al 12 de enero de 1997, pp. 22-24.

Ballesteros de los Ríos, M. (1997). *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid.

Castán Tobeñas, J.Mª. (1982). "Comentario al artículo 154 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. III, vol. 2º, 2ª ed., Edersa, Madrid, pp. 109-111.

Castán Pérez-Gómez, J. (2001). "Patria potestad", en *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, vol. I Familia, coordinador Manuel Garrido De Palma, Consejo General del Notariado, Civitas, Madrid.

Castillo Martínez, C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2ª ed., La Ley, Madrid.

Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, décima edición, Tecnos, Madrid.

Espín Canovas, D. (1996). "Comentario al artículo 39 de la Constitución Española", en

las visitas adecuándolas en su caso a sus necesidades laborales y de acuerdo con la madre. Este régimen, si se cumpliera será susceptible de evolucionar a fines de semana cortos sábado a domingo con pernocta, lo que de momento se considera prematuro dadas las escasas relaciones que padre e hijo ha tenido y la corta edad de este".



Comentarios a la Constitución Española, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, T. IV, Edersa, Madrid.

Fuentes Noriega, M. (1986). *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid.

Gálvez, Fco. J. (1985). "Comentario al artículo 39 de la Constitución Española", en *Comentarios a la Constitución Española*, coordinador Fernando Garrido Falla, 2ª ed., Civitas, Madrid.

Lacruz Berdejo, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid.

Lasarte Álvarez, C. (2015). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. VI, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

Linacero de la Fuente, Mª. (2016). "La patria potestad", *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, dirigido por María Linacero de la Fuente, Tirant lo Blanch, Valencia.

Martín Morón, Mª. T. (1989). Voz "Patria potestad", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XIX, Barcelona, pp. 130-131.

Miralles González, I. (2000). "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 54, octubre-diciembre 2000, p. 1211.

Pérez Álvarez, M.Á. (2016). "La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad", *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, coordinador Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, 5ª ed., Colex, Madrid.

Rebolledo Varela, A.L. (1995). "La privación de la patria potestad", *Aranzadi Civil, T.I, vol.I*.

Ruisánchez Capelastegui, C. (2006). *La privación de la patria potestad*, Atelier, Madrid.

Seisdedos Muiño, A. (2001). "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)", *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto 2001.

Seisdedos Muiño, A. (1988). *La patria potestad dual*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao.

Valladares Rascón, E. (1990). "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.

Vargas Cabrera, B. (1994). *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada.

Zurita Martín, I. (2003). "La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal", *Actualidad Civil*, núm. 32, 1 al 7 de septiembre de 2003.