



*M<sup>a</sup> DOLORES ROMERO SAYAGO*

*Universidad de Cadiz*

## **ESTUDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN DERECHO ESPAÑOL**

*SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Previo: algunos conceptos generales. – 2.1. Patria potestad: concepto y regulación en el código civil español. – 2.2. Procedimientos para la privación de la patria potestad. – 2.2.1. Procedimientos civiles: ad hoc y matrimonial. – 2.2.2. Procedimientos penales: la inhabilitación de la patria potestad. – 3. Interpretación jurisprudencial de las causas legales de privación de la patria potestad. – 3.1. Por comportamientos que inciden directamente sobre el hijo afectado por la privación. – 3.1.1. Incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. – 3.1.2. Enfermedad mental del progenitor. – 3.1.3. Maltrato familiar. – 3.1.4. Delitos sexuales. – 3.1.5. Tentativa de homicidio y asesinato. – 3.2. Como efecto reflejo en determinados comportamientos no perpetrados directamente sobre el hijo afectado por la privación. – 3.2.1. Algunos supuestos. – 3.2.2. Especial referencia al nasciturus. – 3.2.3. Inexistencia actual de descendencia: ¿privación "preventiva" de la patria potestad?. – 3.3. Por causas no imputables directamente al progenitor privado. – 3.3.1. Comportamiento imputable al otro progenitor o a un tercero. – 3.3.2. Comportamiento imputable al propio hijo. – 4. Efectos de la privación de la patria potestad. – 4.1. Efectos personales: derecho de visitas. – 4.2. Efectos patrimoniales. – 4.2.1. Derecho de alimentos. – 4.2.2. Responsabilidad civil de los progenitores privados de la patria potestad. – 4.2.3. Derechos sucesorios: desheredación e indignidad. – 5. Conclusiones.*

**1.** – La privación de la patria potestad, aunque numéricamente no tenga una enorme trascendencia (si la comparamos con otras figuras jurídicas), en la práctica, dados los casos en los que procede, tiene una gran relevancia de cara a la protección de uno de los sectores de la población más necesitados de la misma, como son los menores e incapacitados. En efecto, a través de esta privación se pretende la protección de aquellos intereses de los menores de edad que puedan resultar menoscabados a través del ejercicio inadecuado de la patria potestad. Inicialmente esta figura se encontraba regulada exclusivamente en el Derecho civil, aunque ya se prevé también una privación en el ámbito penal. En este trabajo hemos intentado analizar a través de qué cauces se llega a la privación de la patria potestad, sistematizar las posibles causas, así como los efectos que se pueden producir, todo ello justificado a partir de los pronunciamientos judiciales más recientes.

Para edificar esta investigación nos hemos centrado principalmente en el criterio jurisprudencial, delimitando las sentencias más actuales, en un primer momento, en el periodo comprendido entre los años 2010-2015. Sin embargo, la acotación abarcaba un periodo superior, entre 2000-2010, si la primera búsqueda sobre la materia tratada resultaba infructuosa. También nos hemos interesado en estudios doctrinales, centrándonos en los más recientes (pretendiendo que la fecha de los mismos oscilara entre 2000-2015). El material localizado se alojaba en carpetas nombradas tal como los apartados del índice.



En los momentos iniciales de redacción del trabajo, incluimos en el índice “La recuperación de la patria potestad” como un posible apartado que se situaría al final del mismo; sin embargo, por razón de la extensión limitada a la que debemos ceñirnos de acuerdo con las normas que rigen la elaboración de estos trabajos, ha resultado imposible proceder a su redacción. Ello condujo a la supresión de tal punto en nuestra investigación.

**2. – 2.1. –** La institución de la patria potestad se encuentra regulada en el art. 154 del Código Civil<sup>1</sup> (en adelante CC). Puede conceptuarse como una función protectora que, por ministerio de ley, se asigna a los progenitores sobre sus hijos menores de edad o incapaces, destinada a que estos puedan desarrollar su personalidad de una manera apropiada. Según la jurisprudencia<sup>2</sup>, la patria potestad está compuesta por “*el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la vez un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos, todo ello bajo el prisma del beneficio para el menor ...*”.

Asimismo, la patria potestad, goza de una serie de caracteres que podemos extraer de la jurisprudencia<sup>3</sup>. Podemos decir que es un derecho de carácter irrenunciable, puesto que imposibilita a los padres que la ejercen renunciar a su cumplimiento. Es imprescriptible, porque su no ejercicio durante cierto tiempo no supone la extinción de este derecho. Es indisponible, ya que no puede cederse a terceros. La patria potestad está configurada como una potestad, por tanto, el beneficiario del derecho es una persona diferente de su titular. Por este motivo, se convierte en un derecho de obligatorio cumplimiento para su titular, al revés de lo que ocurre con los derechos subjetivos, en los que el titular y beneficiario del derecho es la misma persona, por lo que no sería, en principio, susceptible de renuncia<sup>4</sup>.

De la Constitución Española cabe extraer alguna norma que incide sobre la configuración de

---

<sup>1</sup> Art. 154 Real Decreto 24 de julio de 1889 del Código Civil (BOE 25 julio 1889) “*Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.*

*La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica*

*Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:*

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

*2. Representarlos y administrar sus bienes.*

*Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.*

*Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad”.*

<sup>2</sup> SAP Alicante 2 de diciembre de 2014 (JUR\2015\76072).

<sup>3</sup> Entre otras, SAP Islas Baleares 5 de marzo de 2001 (JUR\2001\139719) que cita la doctrina del Tribunal Supremo STS 11 de octubre de 1991 (RJ\1991\7447).

<sup>4</sup> De acuerdo con el art. 6.2 Real Decreto 24 de julio de 1889 del Código Civil (BOE 25 julio 1889) “*la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*”.



la patria potestad. Así, de su art 39<sup>5</sup> se puede deducir que, en línea de principio, la asistencia y cuidados de los hijos les corresponde a los titulares de la patria potestad. Esta asistencia puede ser completada con la función de protección que se otorga a los poderes públicos y que habrá de ejercitarse en beneficio de los menores. Así, en el caso de que el comportamiento activo u omisivo de los padres incidan de forma perjudicial sobre sus hijos, estos poderes públicos estarán obligados a intervenir para salvaguardar el interés de los menores<sup>6</sup>.

**2.2.** – La privación de la patria potestad se encuentra regulada en el art 170 CC<sup>7</sup>.

Así, la privación total comprendería la completa pérdida de la titularidad de la patria potestad. Sin embargo, en el caso de la privación parcial, el tribunal deberá concretar las funciones de las que priva al sujeto y de las que no. En el caso de no concretar estas funciones, se aplicará el art. 156, apartado quinto CC<sup>8</sup>.

Cuando un tribunal priva a un sujeto de la patria potestad, esta privación “*afecta al derecho mismo o la titularidad del conjunto de derechos que la patria potestad supone y no al conjunto de las obligaciones que se derivan de la misma*”<sup>9</sup>. Por tanto, el sujeto privado debe seguir cumpliendo con las obligaciones de la patria potestad, aunque no ostente la titularidad. Estas obligaciones provienen de la relación de filiación que corresponde a padre e hijo. Por ello, es independiente que se haya producido una privación de la patria potestad<sup>10</sup>. La privación de la patria potestad incide de una manera excluyente sobre los derechos que ostenta el titular de la patria po-

---

<sup>5</sup> Art. 39 Constitución Española de 27 diciembre de 1978 (BOE 29 diciembre 1978) “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

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

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

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

<sup>6</sup> C. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, *La privación de la patria potestad*, Barcelona, 2006, pp. 19, 20.

<sup>7</sup> Art. 170 Real Decreto 24 de julio de 1889 del Código Civil (BOE 25 julio 1889) “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”.

<sup>8</sup> C. CASTILLO MARTÍNEZ, *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, 2000, pp. 125,126. Según el art 156, párrafo 5 Real Decreto 24 de julio de 1889 del Código Civil (BOE 25 julio 1889) “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

<sup>9</sup> SAP Valladolid 2 de junio 2005 (JUR 2005\207959).

<sup>10</sup> E.M. SOUTO GARCIA, “Las penas en particular. La pena de privación de la patria potestad”, *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Valencia, 2013, pp. 159 a 187, concr. 159-187.



testad, ya que supone la pérdida de la compañía permanente del menor, del derecho a su educación, de representarlo y también pierde el derecho de administrar sus bienes<sup>11</sup>.

Para llevar a cabo la privación de la patria potestad deben darse una serie de requisitos<sup>12</sup>:

- Debe darse un incumplimiento probado de los deberes inherentes a la patria potestad, de forma grave o reiterada.
- Debe ser una medida estipulada necesariamente por una resolución judicial.
- Deben darse las notas de necesidad, oportunidad y conveniencia para que pueda establecerse.

La resolución judicial a través de la cual se puede llegar a establecer la privación puede tener lugar a través de tres cauces diferentes. Así, se podrá llegar a la privación a través de un procedimiento civil (*ad hoc* o matrimonial) o a través de un procedimiento penal<sup>13</sup>. La utilización de una u otra vía puede dar lugar a consecuencias no del todo coincidentes.

**2.2.1.** – Existen dos clases de procedimientos en el ámbito civil para llevar a cabo la privación de la patria potestad.

Por un lado, encontramos los procedimientos *ad hoc*, que son aquellos que se instan para decidir sobre la privación de la patria potestad como cuestión litigiosa principal. Estos se fundan en el incumplimiento de los llamados deberes inherentes a la patria potestad<sup>14</sup>. Tal como señala la jurisprudencia<sup>15</sup> para la privación de la patria potestad se requiere el incumplimiento de los deberes del art 154 CC y “*deberá hacerse con carácter excepcional y cuando concurran causas poderosas, muy justificadas, y gravemente perjudiciales para el menor*”.

De aquí cabe deducir que no basta un simple incumplimiento de estos deberes, debe darse la gravedad en el incumplimiento.

Por otro lado, en los procedimientos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio, también se puede proceder a la privación de la patria potestad. Así lo dispone el art. 92.3 CC cuando dice que “*En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello*”. Esta causa es la inobservancia de los deberes inherentes a la patria potestad del art. 154 CC, tal como establece el art 170 CC<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> J. FLORES RODRIGUEZ, “La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores”, *La Ley Penal*, n. 90, 2012, p. 4, con.cr. p. 4.

<sup>12</sup> A.I. BERROCAL LANZAROT, “La patria potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 723, 2011, pp. 479 a 535, con.cr. pp. 498, 499.

<sup>13</sup> I. Zurita Martín, “La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal”, *Actualidad Civil*, n. 32, 2003, pp. 865 a 883, con.cr. p. 867.

<sup>14</sup> C. CASTILLO MARTINEZ, *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, 2000, pp. 79, 80.

<sup>15</sup> SAP Murcia 17 de mayo de 2012 (JUR 2012\232632).

<sup>16</sup> C. CASTILLO MARTINEZ, *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, 2000, pp. 121, 122.



Estos procedimientos civiles culminan con una sentencia, en la que el juez se pronuncia acerca de la privación de la patria potestad. Sin sentencia, no hay privación.

**2.2.2.** – En los procedimientos penales se puede llevar a cabo la privación de la patria potestad y la inhabilitación para el ejercicio de la misma.

En cuanto a la privación en el ámbito penal, según el Tribunal Supremo, *“El artículo 170 del Código Civil (...) no establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación – en el proceso civil o en el proceso penal – de la privación de patria potestad por incumplimiento de sus deberes inherentes; sino que para privar de la patria potestad la alternatividad se establece precisamente entre de una parte una Sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, y de otra parte una Sentencia dictada en causa criminal, es decir que o bien se priva de la patria potestad por Sentencia fundada en tal incumplimiento o bien se priva de ella en una causa criminal; lo que necesariamente supone que no cabe en proceso penal privar de la patria potestad por razón del cumplimiento obligatorio que es lo propio de la otra alternativa prevista, sino por las causas y en los casos establecidos en las normas penales, es decir en el Código Penal (...). Por lo tanto no supone el artículo 170 una atribución a la jurisdicción penal de la facultad de aplicar las normas civiles de privación total o parcial de la patria potestad como una facultad distinta de la su imposición como pena principal o accesoria de un delito”*<sup>17</sup>.

La conclusión que podemos extraer de esta sentencia es que en un proceso penal no se privará de la patria potestad con base en un incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (tal como puede suceder en el proceso civil), sino en aquellos supuestos en los que el Código Penal (en adelante CP) establezca expresamente como pena la de privación de patria potestad por la comisión de determinadas figuras delictivas.

Así, esta “privación penal” puede ser principal o accesoria. El art. 192.3 CP<sup>18</sup> establece que será una pena principal en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, debiendo ser el agresor progenitor de la víctima. Se trata de una pena que será impuesta si el juez así lo determina motivadamente, siendo, pues, una facultad discrecional del mismo.

Sin embargo, la privación se establecerá como accesoria en los delitos que conlleven la prisión como pena principal. Así, según el art. 55 CP<sup>19</sup>, puede imponerse como accesoria si el deli-

---

<sup>17</sup> STS 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000/7932).

<sup>18</sup> Art. 192.3 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre 1995) *“El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad”*.

<sup>19</sup> Art. 55 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre 1995) *“La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda*



to guarda relación con la patria potestad, debiendo ser la pena superior a diez años y como alternativa a la inhabilitación de la patria potestad. También, el art. 56 CP prevé la posibilidad de establecer tanto la privación como la inhabilitación de la patria potestad como accesorias, en los delitos cuya pena es inferior a diez años<sup>20</sup>.

Así pues, en el ámbito penal, junto a la privación, existe lo que se conoce como inhabilitación de la patria potestad.

La figura de la inhabilitación se encuentra regulada en el CP como una pena privativa de derechos<sup>21</sup>. En determinados casos se aplicará de forma preceptiva y en otros de forma facultativa. La inhabilitación impone una privación de derechos que afecta al sujeto contra el que existe una sentencia de condena penal. La finalidad de esta medida radica en la protección del desarrollo personal del menor de edad debido a un mal uso del ejercicio de la patria potestad por el sujeto privado<sup>22</sup>.

Las consecuencias de la inhabilitación derivan del art. 46 CP, de modo que con ella, el sujeto afectado pierde el ejercicio de los derechos de la patria potestad, aunque por el contrario, conserva los deberes<sup>23</sup>. De esta forma, el sujeto está obligado a proporcionar alimentos y todo

---

*o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia”.*

<sup>20</sup> Art. 56 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre 1995) “1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

1.º Suspensión de empleo o cargo público.

2. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3. Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.

2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas”.

<sup>21</sup> Art. 39 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre 1995) “Son penas privativas de derechos: (...) b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho”.

<sup>22</sup> C. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, *La privación de la patria potestad*, Barcelona, 2006, pp. 127, 128.

<sup>23</sup> Según el art 46 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre 1995), “La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas”.



cuanto necesite al menor. A su vez, sigue conservando la titularidad de la patria potestad, aunque se limita su ejercicio. Además, este puede pedir información sobre la educación de su hijo<sup>24</sup>. Esta inhabilitación puede ser principal o accesoria. Será principal en dos casos: por un lado en aquellos delitos regulados en los arts. 221 CP y 225 *bis* CP<sup>25</sup> y cuando el juez la imponga de manera potestativa, junto con la pena de prisión si lo estima oportuno para proteger el interés del menor. Por el contrario, la inhabilitación será accesoria, según lo dispuesto en el art. 56 CP, para penas inferiores a diez años, siempre que se den dos requerimientos adicionales como son la gravedad del delito y la necesidad de un nexo causal entre el derecho de patria potestad y el delito que se ha cometido<sup>26</sup>.

Aunque ambas figuras estén configuradas en el CP como penas privativas de derechos, entre ellas subsisten diferencias. La diferencia entre privación e inhabilitación estriba fundamentalmente en la temporalidad. La inhabilitación se considera como una pena temporal puesto que al cumplirse la condena impuesta por el juez, el sujeto recupera el ejercicio de la patria potestad. A diferencia de lo que ocurre con la privación, ya que para recuperar la patria potestad de la que el juez privó en sentencia se necesita de otra sentencia en la que se establezca la recuperación de la misma. En la privación se pierde la titularidad de la patria potestad pero se mantienen las obligaciones para con el hijo. Sin embargo, en la inhabilitación no se pierde la titularidad de la patria potestad, supondría la pérdida del ejercicio de los derechos. Otra diferencia con respecto a estas dos figuras sería la referida a la prescripción de la pena. En la privación, al no haber impuesto el juez una duración determinada, se considera una pena imprescriptible, al contrario de lo que sucede con la inhabilitación, que al sujetarse a un plazo de duración impuesto por el juez,

---

<sup>24</sup> El progenitor inhabilitado se vería limitado en cuanto a los derechos de estar con el menor, educarlo, presentarlo y administrar sus bienes. Aunque podría conservar el derecho de visitar al menor según el art 160.1 Real Decreto 24 de julio de 1889 del Código Civil (BOE 25 julio 1889). Véase C. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, *La privación de la patria potestad*, Barcelona, 2006, pp. 128, 129.

<sup>25</sup> Art. 221 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre 1995) “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”.

Por su parte, señala el párrafo primero del art. 225 bis Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre 1995) que “El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años”.

<sup>26</sup> C. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, “Privación de la patria potestad y proceso penal”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2007, pp. 1 a 25, concr. 5 a 9.



es susceptible de prescribir, siendo de aplicación a la misma el régimen penal de prescripción de las penas<sup>27</sup>.

3. – Examinando parte de la jurisprudencia más reciente vertida por nuestros tribunales sobre la materia estudiada, podemos constatar cómo los supuestos en los que procede la privación, a juicio del correspondiente tribunal, son muy diversos. Así, junto a aquellos comportamientos “negativos” de los progenitores (por referirnos a ellos de algún modo) cabe distinguir otros supuestos diferentes. A estos efectos, hemos intentado sistematizar los casos encontrados en los apartados que a continuación se señalan.

3.1. – 3.1.1. – Muchos de los supuestos estudiados en las sentencias están basados en el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones inherentes a la patria potestad. En tal sentido, y a título de simple ejemplo, podemos referirnos a la STS de 11 de octubre de 2004<sup>28</sup>, en la que la privación se acordó por incumplimiento del deber de alimentos durante más de 12 años, así como por la inexistencia de relación alguna con la menor (derecho de visitas). El tribunal tuvo en cuenta *“la desidia y desgana hacia la relación con la hija, que se desprende de la actitud absolutamente incumplidora de sus deberes”*.

Según la SAP Alicante de 16 de diciembre de 2014<sup>29</sup>, con la privación de la patria potestad no se pretende castigar el comportamiento de los progenitores por incumplir estos deberes inherentes del art. 154 CC, sino proteger el interés de los menores. En esta sentencia se puede observar cómo el tribunal privó de la patria potestad a los padres de una menor debido a la desatención que ésta había sufrido desde su nacimiento. La madre alegó en su defensa que carecía de medios económicos para hacerse cargo de la niña; sin embargo, el tribunal consideró que *“nada justifica la falta de apego, cariño y atención personal”*.

Este incumplimiento de deberes inherentes también puede dar lugar a una declaración de desamparo, como podemos contemplar en la STS de 6 de junio de 2014<sup>30</sup>. En esta sentencia el menor sufrió numerosas lesiones, así como un *“abandono emocional”* constante por parte de sus progenitores. Estos hechos dieron lugar a la declaración de desamparo del menor con la posterior privación de la patria potestad a ambos progenitores. El tribunal consideró que precisamente la declaración de desamparo conllevaba haber incumplido los deberes inherentes a la patria potestad y mientras esta declaración permaneciera, se presumirían incumplidos estos deberes, correspondiendo a quien alegase lo contrario la carga de la prueba.

---

<sup>27</sup> J. FLORES RODRIGUEZ, “La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores”, *La Ley Penal*, n. 90, 2012, p. 4, conctr. p. 4.

<sup>28</sup> STS 11 de octubre de 2004 (RJ\2004\6642).

<sup>29</sup> SAP Alicante de 16 de diciembre de 2014 (JUR\2015\93776).

<sup>30</sup> STS 6 de junio de 2014 (RJ\2014\2844).



**3.1.2.** – Por otra parte, hay supuestos de privación de la patria potestad basados en enfermedades mentales que puedan padecer los progenitores y que les impidan cumplir de forma conveniente las obligaciones inherentes para con sus hijos. De este modo, en la SAP de Málaga 22 de septiembre de 2011<sup>31</sup> se puede apreciar una situación en la que la enfermedad mental del progenitor se considera un motivo para que pueda tener lugar una privación de la patria potestad, si concurren a su vez otras circunstancias que supongan en conjunto un perjuicio al menor y un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Sin embargo, en la SAP de Navarra 20 de febrero de 2003<sup>32</sup>, a pesar de que la progenitora había sido diagnosticada de un trastorno mental grave (bipolaridad), no solo no se la priva de la patria potestad, sino que además se le atribuyó la guarda y custodia. Se consideró que la progenitora, a pesar de sufrir la enfermedad mental, estaba en perfectas condiciones para cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, en tanto no sufriera recaídas en su enfermedad.

En la SAP de Cáceres de 23 de marzo de 2000<sup>33</sup> se hace referencia a la situación de una progenitora que fue declarada incurso en causa legal de privación de la patria potestad debido a la enfermedad mental que sufría, oligofrenia con trastornos de conducta, la cual la imposibilitaba para poder cumplir adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad.

Cabe observar que en aquellos casos donde se pueda deducir que la enfermedad mental del progenitor vaya a mejorar en el futuro y por tanto pudiese llegar a cumplir con los deberes inherentes correctamente, no se procedería a la privación. Se desaconseja romper los vínculos entre el progenitor y el menor si estamos en presencia de una situación transitoria<sup>34</sup>.

En todo caso, lo que parece claro es que, según nuestros tribunales, la enfermedad mental del progenitor es sólo causa de privación, si obstaculiza el adecuado ejercicio de la patria potestad.

**3.1.3.** – Mención separada merece los malos tratos habituales en el ámbito familiar, a los que se refiere el art. 173.2 CP<sup>35</sup>. Según el Tribunal Supremo “*Se trata de un tipo con sustantividad*

---

<sup>31</sup> SAP Málaga 22 de septiembre de 2011 (JUR\2012\74114). En este supuesto el progenitor se encontraba en prisión en el momento de la sentencia. Había sido diagnosticado como esquizofrénico paranoide y durante los primeros meses de vida no se hizo cargo del menor. Por otra parte, la madre también sufría un trastorno mental que le impedía hacerse cargo del mismo. Por tales motivos se consideró en situación de desamparo.

<sup>32</sup> SAP Navarra 20 de febrero de 2003 (JUR\2003\76723).

<sup>33</sup> SAP Cáceres de 23 de marzo de 2000 (JUR\2001\34972).

<sup>34</sup> A.M. ROMERO COLOMA, “Enfermedades mentales de los progenitores” *Diario La Ley*, n. 7037, 2008, p. D-295, conr. p. D-295.

<sup>35</sup> Art 173.2 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre 1995) “*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en cen-*



*propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor”<sup>36</sup>.*

De acuerdo con esta misma sentencia, debe darse la nota de habitualidad, que el tribunal considera que no la conforma el número de actos, sino que *“Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, son prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación”*.

En relación con los malos tratos, un problema específico que podemos plantearnos es el relativo a la fijación del límite entre el posible derecho de corrección que corresponda a los padres y los malos tratos propiamente dichos. El derecho de corrección se encontraba enunciado en los antiguos arts. 154 CC y 268 CC<sup>37</sup> antes de la reforma que tuvo lugar sobre ellos. La Ley de Adopción Internacional 54/2007, en su Disposición Final Primera, suprimió algunos párrafos de estos artículos. En el art 154 se recortó el último párrafo en el cual se decía que los padres podían corregir de manera razonable y moderada a sus hijos, y, a su vez, se introdujo que la patria potestad velará por el respeto a la integridad física y psicológica del menor. En cuanto al art. 268 CC, también quedó sustituido el párrafo que daba la posibilidad a los tutores de corregir a los menores de una manera razonable y moderada, por un deber de respeto, igualmente, a la integridad física y psíquica de su pupilo. En el régimen actualmente vigente solo se establece la obligación de los hijos de obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y de respetarles siempre (art 155.1 CC).

A pesar de su supresión en los textos legales, la jurisprudencia ha continuado refiriéndose a este derecho de corrección. Así, por ejemplo, en la SAP Madrid 20 junio 2012, de acuerdo con la cual, *“El derecho de corrección de los padres respecto de los hijos que contempla el art. 154 del Código Civil (LEG 1889, 27) es, en realidad, una manifestación de su deber y función de educación que debe ser usado siempre ‘razonable y moderadamente’; y cuando se trata de acciones educativas que atentan contra bienes jurídicos del menor, es indudable que su justifica-*

---

*tros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica (...)*”.

<sup>36</sup> STS 20 de abril de 2015 (RJ\2015\1541). Estas conductas conformarán el maltrato familiar *“aun cuando aisladamente consideradas fueran constitutivas de falta”*.

<sup>37</sup> Art. 168 Real Decreto 24 de julio de 1889 del Código Civil (BOE 25 julio 1889) *“Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica. Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad”*.



*ción en derecho sólo puede encontrarse en un ejercicio legítimo de ese deber o cargo, conforme al art. 20.7 del C.Penal*”<sup>38</sup>.

Los límites que constituyen este derecho de corrección son, según la jurisprudencia, el respeto a la integridad física y psíquica del menor, no incluyendo la fuerza como elemento de corrección<sup>39</sup>. En relación con esta cuestión, no podemos olvidar que el apartado primero del art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España, afirma que no puede justificarse en ningún caso la violencia física o mental sobre los menores sometidos a patria potestad o tutela<sup>40</sup>.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, se podría justificar la privación de la patria potestad en aquellos supuestos en los que se aprecie un abuso de esta facultad de corrección. Ciertamente, puesto que los padres están facultados por el art. 154 párrafo 5 para recabar el auxilio de la autoridad, podría pensarse que en ésta ha quedado delegada la referida facultad de corrección<sup>41</sup>.

Evidentemente, traspasa los límites del deber de corrección (entrando directamente en el maltrato) la agresión física grave perpetrada por los padres sobre sus hijos menores, que es, por ejemplo, lo que ocurrió en la SAP Madrid, ya mencionada, de 20 junio de 2012, en la que los progenitores pretendían legitimar en el derecho de corrección el uso de *un “chicote”*<sup>42</sup> para corregir a sus hijas. El tribunal penal consideró, con buen criterio, que era una medida desproporcionada en relación con la necesidad de corregir el comportamiento de las niñas y que, consecuentemente, en modo alguno se encontraba amparado en el derecho de corrección.

**3.1.4.** – Con respecto a aquellos comportamientos que inciden de manera directa sobre el hijo, debemos hacer especial referencia a aquellos delitos de naturaleza sexual que afectan a los menores y que son perpetrados por sus progenitores. Entre los delitos de naturaleza sexual a los que nos referimos se encuentran los abusos sexuales, las agresiones sexuales y el delito de pornografía infantil.

---

<sup>38</sup> SAP Madrid 20 de junio de 2012 (JUR\2012\263633).

<sup>39</sup> Sentencia Juzgado Primera Instancia Pamplona 12 de julio de 2013 (ARP\2013\889): “no pueda entenderse como causa de justificación penal el uso de la violencia física o psíquica o los malos tratos físicos sobre los hijos menores de edad a manos de sus padres o representantes legales, en cuanto que los maltratos físicos puedan propiciar y perpetuar en los niños futuras conductas violentas, pues se perdería el fin primordial de su educación”.

<sup>40</sup> Art. 19, apartado primero, de la Convención de los Derechos del Niño 20 de noviembre de 1989 (BOE 31 diciembre 1990): “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

<sup>41</sup> M.P. POUS DE LA FLOR, “La controvertida eliminación de la facultad de corrección de los progenitores”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 743, 2014, pp. 1376 a 1401, concr. p. 1381.

<sup>42</sup> El chicote es una “especie de látigo hecho de cuero de toro”.



En la SAP de Asturias de 6 de octubre de 2014 se pone de manifiesto una situación en la que el progenitor de dos menores de 13 años abusaba sexualmente de una de ellas durante el periodo de visitas asignado como consecuencia de la ruptura de su relación con la progenitora. La sentencia establece dos elementos definitorios del abuso sexual del art 183 CP “1) *Un elemento objetivo y externo, constituido por la actividad dinámica y ostensible proyectada sobre el cuerpo de la persona que sufre el atentado, que incide sobre su libre determinación sexual, realizada sin consentimiento de la víctima, y 2) Un elemento subjetivo o intencional implícitamente contenido en el tipo que opera como elemento subjetivo del injusto, representado por la intención del agente de satisfacer su apetito sexual con dicho quehacer criminal, ánimo libidinoso*”<sup>43</sup>.

Con base en los razonamientos del tribunal, el comportamiento del progenitor cumple ambos elementos. El testimonio de la hija víctima de los abusos, y de la otra hija no víctima, se consideran prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del progenitor. El tribunal lo priva de la patria potestad respecto de las dos hijas por un delito de abuso sexual.

En la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 de marzo de 2015<sup>44</sup> se expone la situación de una progenitora que es privada de la patria potestad de sus dos hijas, de cinco y ocho años, debido a un delito de abuso sexual y elaboración de material pornográfico. La progenitora entabló una relación a través de Internet con un sujeto que inducía a la misma a realizar todo tipo de abusos sexuales a las niñas. Estos abusos eran grabados y fotografiados con el móvil de ésta y, posteriormente, enviados por correo electrónico a este sujeto con la excusa para la madre de que si no lo hacía, el sujeto dejaría de comunicarse con ella. El tribunal, con base en el art. 55 CP, consideró que puesto que los delitos cometidos guardaban relación con el ejercicio de la patria potestad, debía imponerse a la progenitora la privación de este derecho<sup>45</sup>.

Con respecto a los delitos de agresión sexual, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2014<sup>46</sup> se aprecia la situación de una menor de 13 años que fue a vivir con su padre, tras la muerte de su madre, con el deseo de estar en el seno de una familia. Esta menor vivía con su hermana previamente y hacía años que no veía a su padre. Cuando llegó a la casa del padre, se sucedieron las penetraciones anales con una frecuencia de incluso dos veces al día, y las fela-ciones. El padre la amenazaba para que no contase nada a nadie diciendo que la mataría si lo hi-

---

<sup>43</sup> SAP Asturias 6 de octubre de 2014 (ARP\2014\1400). Según la citada sentencia, “*el acusado efectuó tocamientos reiterados a su hija Celestina llegando en una ocasión a introducirle los dedos en la vagina, satisfaciendo sus deseos sexuales, añadiendo por último que si bien es cierto que en el reconocimiento médico que fue practicado a la menor en el HUCA el día 9 de mayo de 2013, no se objetivaron en la perjudicada lesiones de índole traumática en ninguna parte del cuerpo, no por ello ha de dudarse de su testimonio, pues lo único que evidencia la falta de lesiones es que no hubo ataque sexual violento, ni violencia física previa tendente a someter a la víctima, de ahí que la conducta del acusado se haya calificado como abuso sexual del Art. 183 del C. Penal*”.

<sup>44</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife 3 de marzo de 2015 (ARP\2015\126).

<sup>45</sup> Según el tribunal, “*La gravedad y pluralidad de delitos cometidos contra la indemnidad sexual de las hijas menores de la procesada D<sup>a</sup> Natividad justifica la privación de la patria potestad (...)*”.

<sup>46</sup> SAP Santa Cruz de Tenerife 7 de abril de 2014 (JUR\2014\198090).



ciera. Además le pegaba con el cinturón y le prohibía ver y hablar con sus hermanas. El progenitor fue condenado por un delito de agresión sexual y, con base en el art. 193. 3º CP, se le impuso la pena de privación de la patria potestad con respecto a su hija víctima de las agresiones. El sujeto tenía más hijos, pero el tribunal no se pronunció sobre los mismos.

**3.1.5.** – Pese a la gravedad de estos comportamientos, podemos extraer de la jurisprudencia del Tribunal Supremo la conclusión de que la tentativa en los delitos de homicidio y asesinato, en el procedimiento penal, no constituye una causa en sí de privación, puesto que en estos casos lo que procedería sería la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad: *“Se refiere aquí el Ministerio Fiscal a la pena de «privación de la patria potestad de la condenada sobre su hijo por el tiempo de la condena», rechazada por el Tribunal sentenciador, por no estar expresamente prevista en el delito de asesinato, aunque sí lo está la inhabilitación absoluta (art. 55 CP), en tanto que «el artículo 56 del Código Penal contempla (..) en su número 3º la inhabilitación especial para «cualquier otro derecho si hubiera tenido relación directa con el delito cometido», lo que entendemos sería aplicable a este supuesto en que es precisamente su negativa a asumir la condición de madre y ejercer la patria potestad la que lleva a la condenada a la ejecución del delito por el que se le ha juzgado». «No deja de causar extrañeza – dice el Ministerio Fiscal – que quien ha sido condenado como autor de un asesinato intentado en la persona de su hijo no sea privado de la patria potestad en el proceso penal en el que se juzgan los hechos»”<sup>47</sup>.*

En esta sentencia se expone la situación de una mujer que, tras negar repetidas veces su embarazo a familia y amigos, “rompe aguas” en el baño de un hospital, al cual acudió para acompañar a un amigo. La mujer da a luz al bebé y este cae al interior del inodoro cabeza a bajo. Una enfermera descubre el incidente tras oír sollozos provenientes del baño y salva la vida del bebé. El tribunal condenó a la mujer por un delito de asesinato en grado de tentativa e impuso la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.

La SAP de Málaga de 30 de octubre de 2009<sup>48</sup> se pronuncia acerca de una situación en la cual una progenitora acude con su hija al hospital debido a que ésta última había entrado en coma por una causa no identificada. Tras despertar la hija del coma, la progenitora procedió a inyectar a través de la sonda nasogástrica de su hija una dosis elevada de etanol. Esto provocó en la menor una intoxicación etílica aguda que estuvo a punto de causarle la muerte. El tribunal consideró que los hechos descritos eran susceptibles de encuadrarse en un delito de asesinato en grado de tentativa, y por tanto, inhabilitó de la patria potestad a la progenitora entendiéndolo que se habían trasgredido, evidentemente, los deberes inherentes a la patria potestad.

Por otra parte, la Audiencia provincial de Vizcaya<sup>49</sup> conoció de un caso en 2006 en el que la

---

<sup>47</sup> STS 13 de Julio de 2006 (RJ\2006\6094).

<sup>48</sup> SAP Málaga 30 de octubre de 2009 (ARP\2010\43).

<sup>49</sup> SAP Vizcaya 30 mayo 2006 (ARP\2007\214).



progenitora de dos menores les suministró una cantidad indeterminada de alcohol, cocaína y pastillas. Esta conducta tuvo lugar tras hacer una llamada a su ex marido comunicándole que ese día haría algún mal a sus hijos. Tras la llamada, el progenitor se puso en contacto con la policía y ésta irrumpió en la casa de la progenitora, encontrando a los menores al borde de la muerte. El tribunal consideró que la progenitora cometió un delito de asesinato en grado de tentativa y, lo mismo que en los casos anteriormente relatados, decretó la inhabilitación de la patria potestad respecto de ambos hijos.

**3.2.** – Para que tenga lugar la privación de la patria potestad respecto de un menor no es necesario que sobre él se hayan ejercido determinadas conductas dañosas (u omisiones, como veremos más adelante), sino que es posible privar de la potestad a un progenitor aunque no haya ninguna actuación directa sobre el menor. Eso sí, debe probarse que tales conductas pueden repercutir de una manera negativa en el menor, puesto que, de no existir riesgo o peligro de que esos comportamientos puedan tener una trascendencia perjudicial en el cumplimiento del art. 154 CC por el progenitor, no se llevará a cabo la privación de la patria potestad.

**3.2.1.** – En reiteradas ocasiones, los tribunales se han tenido que pronunciar sobre la privación de la patria potestad en casos de violencia de género en los que la víctima no era directamente el menor, sino su madre. Aquí, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, se ha afirmado que *“ha considerado, como causa de privación de la patria potestad, la causación dolosa de la muerte de la madre, en tanto en cuanto un padre que procede de tal forma, privando a su prole del apoyo moral, afectivo y asistencial de la progenitora, es indigno para el ejercicio de la misma con respecto a los hijos comunes”*<sup>50</sup>.

En esa misma dirección apunta la SAP de Lugo de 9 de junio de 2015<sup>51</sup>, en la que se expone la situación de un progenitor que ya había sido condenado por asesinar a su cónyuge hace algunos años. Sin embargo, el razonamiento que se expone como base de la decisión del Tribunal es distinta: en esta última sentencia se establece la privación de la patria potestad respecto de los dos hijos menores de la pareja con base en un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, ya que este sujeto no tiene a los menores en su compañía ni los alimenta ni les procura una formación integral, ni vela por ellos debido al ingreso en prisión por el asesinato de la madre de sus hijos. Si no hubiese tenido lugar ese asesinato, el sujeto ahora podría estar cumpliendo los referidos deberes.

En la STS de 31 de enero de 2011<sup>52</sup> se hace referencia a la existencia de un progenitor que irrumpe en la casa de su ex cónyuge, tras efectuar amenazas a través del móvil, y quebrantando una orden de alejamiento, estando presente los hijos comunes de ambos, se dispone a acuchillar a ésta

---

<sup>50</sup> SAP A Coruña 3 junio 2015 (JUR\2015\163115).

<sup>51</sup> SAP Lugo 9 de junio de 2015 (JUR\2015\165708).

<sup>52</sup> STS 31 de enero de 2011 (RJ\2011\1579).



con ánimo de matarla<sup>53</sup>. El resultado de la acción fue una tentativa de homicidio, que no produjo la muerte de la progenitora gracias a la intervención de su hija y su novio. El Tribunal considera que no puede imponer la pena de privación de la patria potestad al acusado debido a que ésta se introdujo en el año 2010 en el art 56 CP para delitos inferiores a diez años. De esta manera al suceder este delito en el 2008, la pena de privación de la patria potestad no resultaba aplicable retroactivamente. Aunque, con base en el art 173.2 CP, por el delito de maltrato familiar<sup>54</sup> cometido sobre la progenitora, sí se impone la inhabilitación de la patria potestad sobre el hijo menor de edad.

Pero no siempre la petición de privación de la patria potestad por conductas no directamente perpetradas sobre los menores ha recibido una respuesta positiva por parte de los tribunales. Así, sucedió en la SAP de Sevilla de 22 de septiembre de 2014<sup>55</sup>. Los hechos que dieron lugar al correspondiente pronunciamiento judicial fueron, esencialmente, los siguientes: la acusada (ya madre de dos hijos) se quedó embarazada en dos ocasiones, ocultando los embarazos y dando a luz en solitario. Tras el parto, asfixiaba a los bebés y los escondía en el congelador, siendo descubiertos posteriormente por su cónyuge y avisando éste a la policía. La progenitora fue condenada por dos delitos de asesinato<sup>56</sup>. El tribunal no hace uso de la facultad discrecional que le otorga el art 55 CP para imponer la privación o inhabilitación de la patria potestad sobre los dos hijos nacidos con anterioridad a los hechos, porque no considera que estos menores tengan rela-

---

<sup>53</sup> Los indicios que el Tribunal Supremo considera relevantes para apreciar este ánimo de matar son: “a) la naturaleza del arma empleada en el ataque; b) la zona del cuerpo a la que se dirige el golpe contra la víctima; debiendo ser una zona vital para que pueda afirmarse el ánimo de matar; c) la intensidad del golpe, de modo que éste sea apto para causar la muerte; d) el alcance y gravedad de las lesiones, con especial relevancia de la capacidad mortal de las causadas; y e) las manifestaciones del propio sujeto, precedentes y concomitantes a la agresión, así como la actividad anterior y posterior al delito”.

<sup>54</sup> Comportamientos como los siguientes: “esposa que tiene que aguantar continuas vigilancias, sospechas, insultos, humillaciones, que apareciera sorpresivamente para controlar sus hábitos”, etc.

<sup>55</sup> SAP Sevilla 22 de septiembre de 2014 (ARP\2014\1430).

<sup>56</sup> A la progenitora no se le inhabilita de la patria potestad “El Ministerio Fiscal ha solicitado que se imponga a la acusada la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.

Ha de entenderse que la solicitud de esta pena lo es como accesoria pues el C.P. no la ha previsto como pena principal para los reos del delito de asesinato”. El tribunal no puede aplicar el art. 46 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre 1995) (“el juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso”) que contiene “el juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso” puesto que es una modificación que se introdujo en el año 2004 en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre 1995) por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, y el primer bebé nació en el año 2002. De esta manera, dado su carácter de pena, se considera irretroactiva en el tiempo y, por lo tanto, no es aplicable a este caso. El tribunal tampoco emplea el art. 56 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre 1995) debido a que la condena de asesinato excede de 10 años de prisión. Con respecto al bebé nacido en 2011, el TS estimó que en relación con la privación de la patria potestad había que tener en cuenta las circunstancias de cada caso y debía demostrarse que la acusada no cumplía de manera adecuada con los deberes materno-filiales. Así, el tribunal no la priva de la patria potestad porque considera que con sus otros dos hijos cumple los deberes inherentes a la patria potestad.



ción alguna con el presente caso. El tribunal, en atención al interés de los menores, dispone que, aunque la acusada haya cometido estos delitos tan graves, cumplía adecuadamente con los deberes inherentes a la patria potestad con sus dos hijos y considera que no hay ningún indicio que justificase la adopción de tales medidas.

En la STS de 12 de noviembre de 2008<sup>57</sup>, el progenitor y sus dos hijas se hospedaron en un hotel y unieron las dos camas disponibles de la habitación para pernoctar los tres. El acusado y padre de las menores llegó borracho del bar a la habitación de hotel donde las hijas ya dormían desde hace rato, y se acostó muy cerca de una de ellas perpetrando comportamientos que fueron calificados de abusos sexuales. Sin embargo, no aplicó sobre él la inhabilitación ni la privación de la patria potestad porque la víctima de los abusos ya era mayor de edad, ni sobre la otra que aún era menor. Según el tribunal, “*no procede la imposición puesto que la víctima ya ha alcanzado su mayoría de edad, sin que pueda imponerse dicha pena respecto a otra menor que no haya sido la propia víctima*”<sup>58</sup>.

**3.2.2.** – La patria potestad es un efecto que se deriva de la relación de filiación entre el progenitor y el hijo<sup>59</sup>. Y para que se dé esta relación de filiación, es necesario que “*el feto hubiera nacido con vida, y hubiera vivido desprendido del seno materno, solamente en esas condiciones se adquiere la personalidad, y por tanto la filiación*”<sup>60</sup>. De esta forma, cuando la mujer está embarazada, ni ella ni el progenitor han obtenido aún la patria potestad. La consecuencia es que no puede privarse a los padres de la patria potestad cuando aún no la han adquirido, aunque sí se puede proteger al *nasciturus* mediante la imposición de una serie de medidas a sus progenitores<sup>61</sup>.

Para justificar esta protección del *nasciturus*, la mayor parte de la doctrina acude a la teoría *situación de pendencia*<sup>62</sup>. Así, de acuerdo con lo establecido en el art. 29 CC, durante el periodo que abarca que el *nasciturus* es concebido hasta que efectivamente nace, se le reputa nacido para todos aquellos efectos que le sean favorables, aunque la personalidad no la adquiriera hasta el nacimiento. Para ello es necesario tener en cuenta que, de una parte, se ha de producir el nacimiento con los requisitos del art. 30 CC<sup>63</sup>; de otra, que esta protección solo quedará extendida a circunstancias que le puedan resultar favorables.

<sup>57</sup> STS 12 de noviembre de 2008 (RJ\2008\6987).

<sup>58</sup> Este razonamiento se justifica partiendo de otras sentencias previas del Tribunal Supremo, más concretamente, la STS 6 de julio de 2001 (RJ\2001\6367).

<sup>59</sup> A.M. ROMERO COLOMA, “Enfermedades mentales de los progenitores” *Diario La Ley*, n. 7037, 2008, pp. D-295, concr. p. D-295.

<sup>60</sup> STSJ Galicia 10 de julio de 2014 (AS\2014\1871).

<sup>61</sup> C. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, *La privación de la patria potestad*, Barcelona, 2006, p. 119.

<sup>62</sup> Entre otros, M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “La protección del *nasciturus* y su proyección en la jurisprudencia civil actual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 726, 2011, pp. 2217 a 2226, concr. pp. 2218, 2219.

<sup>63</sup> Art 30 Real Decreto 24 de julio de 1889 del Código Civil (BOE 25 julio 1889) “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”.



En ocasiones, encontramos determinadas pautas de comportamiento que pueden tener como resultado un maltrato prenatal si son llevados a cabo por la propia madre gestante. La SAP de Barcelona de 23 de abril de 2013<sup>64</sup> conceptuó el maltrato prenatal como “*la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación*”. Según la SAP de Cádiz de 29 de octubre de 2004<sup>65</sup>, una de las causas (unida a otras) que puede dar lugar a la declaración de desamparo de un menor es probar que ha sufrido maltrato prenatal. En esta sentencia, el menor nació con síndrome de abstinencia y procedieron a trasladarlo a un centro de menores. Habida cuenta del abandono que sufría el menor (ya que en el centro la progenitora no se interesó por él) unido al maltrato prenatal sufrido (puesto que ésta era consumidora de drogas) se acordó la declaración de desamparo de éste. Esta situación provocó que el tribunal considerase que la progenitora estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y terminó, efectivamente, privándola de la misma.

Por otra parte, en la SAP de Vizcaya 20 diciembre 2002<sup>66</sup> también se tiene en cuenta el maltrato prenatal como una de las causas que darán lugar a la posterior declaración de desamparo y privación de la patria potestad. El tribunal consideró que los progenitores no se encontraban capacitados para ser titulares de la patria potestad del menor, que estaba en una situación de desamparo debido al “*maltrato prenatal sufrido por el menor, la drogodependencia de la madre, la carencia de apoyos familiares y sociales y la conducta delincinencial del padre*”. A esto debemos añadir los malos tratos que el menor había tenido que soportar a mano de sus progenitores en el domicilio (cuando se encontraba en un régimen de reintegración con sus padres biológicos) y, además, el riesgo de que estos volviesen a delinquir y a consumir drogas. Esta concurrencia de causas trajo como consecuencia lógica la privación de la patria potestad.

**3.2.3.** – Cuando un sujeto carece de hijos, pero a su vez está condenado por delitos que implican un trato vejatorio y humillante sobre menores de edad, podemos pensar que esa persona no está capacitada para hacerse cargo de ningún menor de edad, ya sea ejerciendo como padre, ya sea actuando como tutor. Por ello, si la persona ha sido condenada por un delito de estas características, pero carece actualmente de familia ¿podría privarse de la patria potestad de una manera preventiva? La jurisprudencia ya se ha enfrentado en algún caso a este problema. De este modo, en la STS de 7 de febrero de 2011<sup>67</sup>, los pronunciamientos afectan a un sujeto (sin hijos) condenado por un delito de posesión y distribución de pornografía infantil por la Audiencia Provincial de Pontevedra<sup>68</sup>, siendo así que el Ministerio Fiscal plantea un recurso de casa-

---

<sup>64</sup> SAP Barcelona 23 de abril de 2013 (JUR\2013\219519).

<sup>65</sup> SAP Cádiz 29 de octubre de 2004 (JUR\2005\51817).

<sup>66</sup> SAP Vizcaya 20 de diciembre de 2002 (JUR\2003\92645).

<sup>67</sup> STS 7 de febrero de 2011 (RJ\2011\329).

<sup>68</sup> SAP Pontevedra 8 de junio de 2010 (ARP 2010, 1143).



ción ante el Tribunal Supremo. El Ministerio Fiscal alega que el Tribunal “*no se ha pronunciado sobre las inhabilitaciones específicas del artículo 192.2º del Código Penal*”. El Tribunal supremo considera que el sujeto no tiene familia y por ello “*El citado precepto, en la redacción que tenía en la fecha de la comisión de los hechos delictivos, contemplaba la facultad, siempre potestativa y con expresa motivación, cuando la decisión es positiva, de imponer la inhabilitación especial de los derechos de la patria potestad, tutela y curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio por el tiempo de seis meses a dos años. Es obvio que todas las previsiones establecidas por el legislador sobre obligaciones familiares o de custodia, están fuera de lugar, ya que el acusado no está casado*”<sup>69</sup>.

De esta manera, al sujeto no se podría inhabilitar de la patria potestad de una manera “preventiva”, pero, ¿y en el caso de que fuese llamado a desempeñar en el futuro alguna función relacionada con la guarda y custodia? El tribunal consideró que “*le serían aplicables analógicamente las previsiones del artículo 243 del Código Civil (LEG 1889, 27) que inhabilita para estos cargos a cualquier persona condenada por delitos que hagan suponer que no desempeñaran bien las funciones que le encomienda la ley*”.

**3.3.** – Hay determinados comportamientos que unos progenitores ejercen sobre sus hijos que pueden afectar, de alguna forma, a la patria potestad del otro progenitor, si este no actúa conforme al art. 154 CC protegiendo el interés de los menores. Cuando un progenitor omite una conducta (pudiendo haberla realizado) que supondría una protección para el menor ante determinadas situaciones perpetradas por el otro progenitor o por un tercero, puede ser causa de privación o inhabilitación de la patria potestad. Además, si confluyen una serie de requisitos, el omitente podrá incurrir en un delito de comisión por omisión, como veremos a lo largo de este apartado.

En la SAP de Barcelona de 14 de enero de 2009<sup>70</sup> se contempla la situación de una niña de cuatro años cuya integridad física y moral es gravemente menoscabada por la pareja de su madre biológica, sufriendo todo un elenco de lesiones, tratos degradantes y vejatorios<sup>71</sup> a mano de

---

<sup>69</sup> Evidentemente, el hecho de que no esté casado no significa que no pueda tener familia extramatrimonial.

<sup>70</sup> SAP Barcelona 14 de enero de 2009 (ARP\2009\598).

<sup>71</sup> Entre los múltiples tratos vejatorios sufridos por María Consuelo encontramos que la pareja de su madre la ataba “*fuertemente con un cinturón de albornoz a una de las sillas del comedor poniéndole los brazos por detrás del respaldo, y dado que a María Consuelo no le entraba la comida y la vomitaba al suelo, el acusado con una cuchara recogía sus vómitos y se los metía de nuevo en la boca hasta que conseguía que se los tragara. Igualmente al menos hasta en dos ocasiones el procesado con la intención de atentar contra la dignidad de la menor María Consuelo y para obligarla a beber agua le tapaba la boca con un precinto o esparadrapo al que hacía un pequeño orificio en el que introducía una jeringuilla obligándola así a beber agua*”. Además de múltiples lesiones, a resultado de las cuales, María Consuelo en la actualidad necesita de silla de ruedas para su desplazamiento, sufre un trastorno del lenguaje verbal y escrito, comunicándose a través de signos y sonidos que simulan palabras, padece una grave deformidad en extremidades derechas y precisa de “*tercera persona para la supervivencia*”, entre otras.



este sujeto durante un prolongado periodo de tiempo. De estos actos era plenamente conocedora la madre de la niña y, aún así, no hizo nada por evitarlas. Por ello, la madre es condenada como cómplice de las lesiones y se establece sobre ella la pena de privación de la patria potestad. Esta privación se solicita por el Ministerio Fiscal porque considera que puede ser impuesta en una causa criminal cuando se “aprecie en los condenados incumplimientos de los deberes inherentes a la patria potestad de suficiente entidad”. El tribunal aprecia esta pretensión y acuerda la privación “En el supuesto examinado se constata efectivamente un gravísimo incumplimiento por parte de la procesada de sus deberes de cuidado y asistencia de su hija menor de edad, de forma que debe ser estimada la pretensión de la acusación y acordar la privación de la patria potestad”.

Con lo cual, a raíz de un comportamiento cometido por la pareja de la progenitora, ésta puede ser privada de la patria potestad, aunque el comportamiento no se realice activa y directamente por ella.

Podemos decir que los progenitores están obligados a cuidar y proteger a sus hijos intentando evitarles cualquier mal que se ciña sobre ellos; pero puede ocurrir, como en el supuesto enjuiciado por la sentencia anterior, que se abstengan de realizar una determinada conducta, lo cual provoca una omisión que resulta claramente perjudicial para sus hijos. Esto nos lleva a plantearnos el llamado delito de comisión por omisión.

Cuando alguien omite una acción, estando obligado a realizarla, incurre en el delito de comisión por omisión del art 11 CP, siempre que se den una serie de requisitos. Estos se pueden extraer de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y cuando concurren todos ellos, la persona que omite la conducta (garante) es considerado culpable: “A) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. B) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 CP exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación. C) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate. D) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. E) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”<sup>72</sup>.

Un ejemplo de lo que se afirma lo tenemos en la SAP Las Palmas de 8 de noviembre de 2010<sup>73</sup>. De acuerdo con los hechos relatados en esta sentencia, Trinidad y Nicanor se conocen y se van a vivir juntos con sus respectivos hijos (todos ellos de relaciones anteriores). Durante el transcurso de esta convivencia, Nicanor confiesa que trataba a los hijos de Trinidad como si fuese padre de los mismos en todo momento. Trinidad por su parte, practicaba sobre su hija Rosa-

<sup>72</sup> STS 28 de marzo de 2007 (RJ\2007\3533).

<sup>73</sup> SAP Las Palmas 8 de noviembre de 2010 (ARP\2011\758).



rio, de seis meses, todo tipo de malos tratos habituales<sup>74</sup>, llegando incluso a producirle la muerte a raíz de esas lesiones. Ante estos hechos, Nicanor desempeñó un comportamiento del todo omisivo que el tribunal considera como un delito de comisión por omisión, *“en el presente caso no hay relación de filiación biológica entre el acusado y la víctima pero es hija de la persona con la que convivía y mantenía una relación sentimental estable análoga a la conyugal, siendo el acusado, dado que el padre biológico se encontraba en otra isla, el encargado de atender a esas menores desempeñando el papel paterno tal y como en todo momento ha reconocido”*.

De esta manera, se considera, tanto a Nicanor como a Trinidad autores de los malos tratos habituales y de homicidio. Esta condena a Nicanor<sup>75</sup> se basa en que su omisión permitió que se produjeran tanto los malos tratos como el homicidio, ya que si hubiese actuado no habría sucedido ninguno de los citados delitos. Ambos son inhabilitados para el ejercicio de la patria potestad, dada la consideración del tribunal de que no reúnen las *“condiciones necesarias para ejercer la patria potestad y en particular el más básico de los deberes que conlleva, esto es, la protección del menor”*.

En la STS de 10 de octubre de 2006<sup>76</sup>, el tribunal inhabilita para la patria potestad a los progenitores de tres menores, considerando que, dada la posición de garantes que tienen sobre sus hijos, observaron una actitud del todo omisiva ante los abusos sexuales que su vecino propiciaba a los mismos. El tribunal consideró que los progenitores eran plenamente conocedores de los abusos sexuales de su vecino, porque tanto sus propios hijos como los servicios sociales del ayuntamiento le habían comunicado que existía un comportamiento abusivo a manos de este sujeto. Los progenitores no solo no ignoraban esta información, sino que además llevaban a sus hijos a casa del vecino, ya que este les compraba productos de primera necesidad y les proporcionaba dinero, dada la mala situación económica por la que atravesaba la familia. El Tribunal Supremo consideró que se cumplían los requisitos del art. 11 CP para imputar a los progenitores un delito de comisión por omisión, dada su posición de garantes.

**3.3.2.** – La privación de la patria potestad también puede llevarse a cabo con base en comportamientos perpetrados por el propio hijo, aunque ello parece resultar, en principio, un tanto contradictorio. Eso fue lo que ocurrió en la SAP A Coruña de 22 mayo de 2014<sup>77</sup>. Los hechos

---

<sup>74</sup> Las lesiones que pueden contrastarse por los médicos hasta el día de la muerte de la niña por la conducta activa de su madre: *“costillas fracturadas o mordedura, hasta entre seis y diez semanas antes, en el caso de una de las fracturas costales, que han sido reiterados, con golpes múltiples y mordeduras en diferentes zonas del cuerpo, y que ha presentado una especial intensidad lo que incluso ha llevado a localizar signos de estrés físico derivado de esa situación en el cuerpo de la menor”*.

<sup>75</sup> Según la sentencia, *“la conducta que omitieron y que estaban en perfecta disposición de llevar a cabo si hubiesen querido, en su calidad de personas encargadas de la protección diaria de la menor, sin duda, podía haber sido del todo eficaz para evitar el resultado lesivo, en los malos tratos, y de muerte, en el homicidio”*.

<sup>76</sup> STS 10 de octubre de 2006 (RJ\2006\8256).

<sup>77</sup> SAP A Coruña 22 de mayo de 2014 (AC\2014\140).



que dieron lugar a tan original sentencia son, esencialmente, los siguientes: los padres de Marcelino, un incapaz que padecía esquizofrenia, tenían la patria potestad rehabilitada de éste. A consecuencia de su enfermedad, Marcelino maltrataba habitualmente a sus padres, provocando violentos escenarios de enfrentamiento en el domicilio familiar. Estos malos tratos por parte del hijo constituían una situación de peligro y riesgo, tanto para los padres como para el propio hijo. Frente a esta situación, el juzgado de primera instancia estimó que lo más conveniente para todos era acordar la privación de la patria potestad a los padres y el internamiento de Marcelino en un centro. Se le designó como tutora a la FUNGA.

En la sentencia, se discutió la posibilidad de que los padres recuperasen la patria potestad por la cesación de la causa que la motivó. Al estar Marcelino internado en un centro psiquiátrico, los malos tratos habían desaparecido, con lo cual la situación de riesgo ya no existía. De tal forma, el tribunal consideró que los padres debían recuperar de nuevo la patria potestad.

4. – Cuando nace un hijo, se originan una serie de efectos a nivel jurídico de gran importancia, siendo esencial la determinación de la filiación y la atribución de la patria potestad a los progenitores. La patria potestad engloba, como ya se ha indicado, un contenido personal y un contenido patrimonial, completándose con lo dispuesto en el art. 155 CC que prevé también obligaciones a cargo del menor<sup>78</sup>, aunque nunca serán equivalentes a las de sus padres<sup>79</sup>.

De lo que se trataría ahora es de ver cómo ese contenido de la patria potestad se verá modificado por la privación operada.

4.1. – El derecho de visita está considerado como “*propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos*”<sup>80</sup>. La privación de la patria potestad no tiene porqué producir un impacto negativo sobre este derecho, tal como se contempla en el art. 160.1 CC, aunque podrá limitarse si el juez lo estima conveniente.

Para los supuestos de crisis matrimonial, el derecho de visitas se encuentra regulado en el art. 94 CC; en tanto que el fundamento del ejercicio de este derecho, cuando se ha producido una privación de la patria potestad, se encontraría, como ya se ha indicado, en el art. 160.1 CC.

En ambos casos, queda constituido como un derecho-deber cuyo objetivo es tanto complacer las necesidades emocionales de los hijos menores de edad como las de sus progenitores, con miras a la conservación del vínculo que los une. Se pretende impedir, de este modo, un distancia-

---

<sup>78</sup> J. AGUILERA RODERO, “Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor” *Actualidad Civil*, n. 12, 2008, p. 1229, conr. p. 1229.

<sup>79</sup> L.F. RAGEL SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2002, pp. 4887 a 4900, conr. p. 4888.

<sup>80</sup> SAP Cáceres 14 de mayo de 2007 (JUR\2007\313222).

# JUS CIVILE



miento total y definitivo entre éstos cuando no tienen atribuida la custodia, o bien han sido privados de la patria potestad<sup>81</sup>. Se configura como derecho-deber, puesto que se pretende garantizar el amparo de los intereses de los menores respaldando el contacto con ambos progenitores para una mejor formación y desarrollo de sus facultades<sup>82</sup>. Aunque se puede considerar que los progenitores que disfrutan de este derecho de visitas mantienen los llamados “restos de la patria potestad”<sup>83</sup>.

No obstante, este derecho de visitas puede limitarse e, incluso, hacerse desaparecer. Así, como podemos ver en la STS de 21 noviembre de 2005<sup>84</sup>, “*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*”. El supuesto de hecho de esta sentencia se conecta con un caso de previa privación de la patria potestad, concluyendo el Tribunal Supremo que “*la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para éste puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visita, respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales*”.

La SAP de Alicante de 30 de enero de 2012<sup>85</sup>, en el mismo sentido, considera la situación de un progenitor que está incurso en causa de privación de la patria potestad debido al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, ya que a los pocos meses de nacer su hija se desentendió completamente de ella, y así durante once años, no proporcionando ningún tipo de ayuda económica ni de otro tipo. Por tales razones, el tribunal lo priva de la patria potestad y también se pronuncia acerca del derecho de visitas. El juez tiene en cuenta los informes médicos realizados a la menor que revelan episodios de estrés emocional, llegando incluso a influir negativamente en su rendimiento escolar, por la angustia “*a sentirse forzada y presionada a ver a su padre biológico*”. Esto lleva al tribunal a citar el art 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>86</sup> y a considerar no beneficioso para ésta el establecimiento de un régimen de visitas.

---

<sup>81</sup> J. DOMINGO MONFORTE, P. DE LA FUENTE RUBIO, G. OLIVER AZNAR, A. ÚBEDA BAYO, “Derecho de Familia: reglas generales y excepciones” *Economist & Jurist*, nº135, 2009, pp. 16 a 35, concr. p. 31.

<sup>82</sup> M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “Evolución del contenido del derecho de visitas desde el estudio jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 738, 2013, pp. 2650 a 2666, concr. p. 2652.

<sup>83</sup> L.F. RAGEL SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2002, pp. 4887 a 4900, concr. p. 4894. La no convivencia del progenitor no custodio con su hijo, hace que éste no pueda tomar parte en aspectos referidos al cuidado y formación del mismo, pero sí en aquellos aspectos más relevantes.

<sup>84</sup> STS 21 de noviembre de 2005 (RJ\2005\7734).

<sup>85</sup> SAP Alicante 30 de enero de 2012 (AC\2012\1477).

<sup>86</sup> Art. 9.3 Convención de los Derechos del Niño 20 de noviembre de 1989 (BOE 31 diciembre 1990) “*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”.



En la SAP de Cáceres de 14 de mayo de 2007<sup>87</sup> se contempla la situación de un progenitor que ya fue condenado por el homicidio de su anterior esposa, y en el momento de la sentencia tiene establecida una orden de alejamiento hacia la actual, debido a las continuas amenazas y comportamientos agresivos que ejerce sobre la misma. El Tribunal no establece un derecho de visitas para con su hijo ya que a raíz de las pruebas practicadas *“el comportamiento del padre produce en el hijo una situación de temor y ansiedad, que le lleva a rechazar con toda rotundidad cualquier relación con su padre, y dicho rechazo está más que fundado hasta el extremo de haber producido en el menor una alteración emocional con problemas de enuresis y encopresis”*.

Por ello, no se consideró beneficioso para el hijo el establecimiento de un régimen de visitas.

De todo lo anterior puede deducirse que la privación de la patria potestad no tiene por qué impedir todo género de relación entre el progenitor privado y su descendencia afectada por la privación. Ahora bien, si el ejercicio del derecho de visitas supone o puede suponer un peligro para el menor, los tribunales pueden o no otorgar inicialmente este derecho; o pueden suspenderlo o extinguirlo si, después de concedido, se comprueba que puede ser perjudicial.

**4.2.** – En este apartado vamos a hacer alguna referencia a cuál es el impacto que produce la privación sobre algunas de las obligaciones de carácter patrimonial que se incluyen en el contenido de la patria potestad. Aún siendo conscientes de que las repercusiones patrimoniales de la privación de la patria potestad pueden ser más amplias, nosotros sólo vamos a hacer referencia a algunas de ellas.

**4.2.1.** – El derecho de alimentos está conformado como una de las obligaciones inherentes que integran la patria potestad, ya que se incluye en el art 154 CC, y se impone a través de los arts. 110 CC, 142 CC y ss. Como podemos extraer del art. 110 CC, la obligación de prestar alimentos se mantiene aunque los progenitores hayan sido privados de la patria potestad. Es un derecho del menor y una obligación del progenitor. Se configura como una norma de *ius cogens*, es decir, es imperativa, con lo cual puede *“el órgano jurisdiccional decidir sin sujetarse a lo pedido en los aspectos que afecten a los descendientes menores de edad”*<sup>88</sup>.

Destacando el contenido del art. 110 CC, conviene hacer especial mención a la SAP de Madrid de 25 de mayo de 2001<sup>89</sup>, en la que el tribunal consideró que *“obligaciones paternas, en cuanto a que los deberes de alimentos, educación, etc., de los padres respecto de los hijos deben ser observados por aquéllos, sea cual sea la situación conyugal y las medidas que se adopten en torno a la patria potestad”*.

Quiere ello decir que es indiferente que un progenitor esté privado o no de la patria potestad,

---

<sup>87</sup> SAP Cáceres 14 de mayo de 2007 (JUR\2007\313222).

<sup>88</sup> SAP Murcia 10 de abril 2012 (JUR\2012\156015).

<sup>89</sup> SAP Madrid 25 de mayo de 2001 (AC\2001\1505).



porque debe cumplir con la obligación de alimentos necesariamente. Aunque supone un deber de obligado cumplimiento, podrá justificarse su suspensión sólo en aquellos casos en que se compruebe que el progenitor obligado se encuentra en situación de indigencia<sup>90</sup>. Sin embargo, no se entenderá justificada la suspensión cuando el progenitor pase por una “*situación transitoria y temporal de desempleo*”<sup>91</sup>.

En la SAP de Madrid de 21 de mayo de 2001<sup>92</sup> una pareja se divorcia, manteniendo la progenitora la custodia de la hija menor y estableciéndose a favor del progenitor no custodio una obligación de alimentos para con la menor y un régimen de visitas. Pero el progenitor no cumple con sus deberes inherentes a la patria potestad, siendo inexistente la relación con su hija. Así, el tribunal considera que debe ser privado de la patria potestad, no oponiéndose éste en ningún momento. Además, el tribunal hace una mención a la obligación de alimentos y considera que cuando van referidos a menores de edad, estos alimentos “*por su naturaleza y condición no pueden ser objeto de transacción o pacto (art. 1814 del CC, propios de los hijos, arts. 1810 y concordantes del mismo texto legal) ni cabe en torno a ellos renuncia o transmisión (art. 151 del CC) no procede sino mantener lo acordado en torno a la pensión alimenticia fijada en la sentencia de instancia, siendo inoperante a tales efectos, y por lo anteriormente expuesto, la expresa renuncia de la madre ...*”.

En cuando al momento de nacimiento efectivo de la obligación de alimentos, de acuerdo con la jurisprudencia, tienen lugar con la interposición de la demanda. Así se señala expresamente en la SAP Valencia 18 julio 2014 “*Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC (LEG 1889, 27)*”<sup>93</sup>, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda”<sup>94</sup>.

Esta obligación de alimentos posee un carácter recíproco entre los parientes, basada en la relación familiar existente entre ellos, lo cual hace que nos planteemos la siguiente cuestión: los progenitores privados de la patria potestad, ¿tendrían derecho a exigir alimentos a sus hijos? La respuesta a esta pregunta es negativa, ya que las razones que justificaron la privación de la patria potestad puede hacer desaparecer la reciprocidad de este deber convirtiéndolo en unilateral<sup>95</sup>. Así,

---

<sup>90</sup> Las causas de extinción de los alimentos aparecen en los arts. 150 y 152 Real Decreto 24 de julio de 1889 del Código Civil (BOE 25 julio 1889).

<sup>91</sup> SAP Guadalajara 19 de marzo de 2015 (JUR\2015\112194).

<sup>92</sup> SAP Madrid 21 de mayo de 2001 (AC\2001\1505).

<sup>93</sup> Art. 148.1 Real Decreto 24 de julio de 1889 del Código Civil (BOE 25 julio 1889): “*La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*”.

<sup>94</sup> SAP Valencia 18 de julio de 2014 (JUR\2014\252215).

<sup>95</sup> A.I. BERROCAL LANZAROT, “Consideraciones generales sobre la obligación legal de alimentos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 721, 2010, pp. 2334 a 2393, concur. pp. 2344, 2245.



tal como puede apreciarse en el art. 854.1 CC, la privación se erige como una causa de desheredación, que en relación con el art. 152.4 CC, hace que se extinga este deber de alimentos.

**4.2.2.** – En este apartado analizaremos cual es la repercusión que tienen aquellos actos, realizados por menores de edad, que generan responsabilidad civil extracontractual<sup>96</sup>, y si esta responsabilidad recae directamente sobre sus progenitores, aunque hayan sido privados de la patria potestad.

Las reglas generales sobre responsabilidad por hecho ajeno se encuentran recogidas en el art. 1903 CC, que distingue quien se establecería como responsable de los actos de los menores de edad que pueden generar responsabilidad civil. Según la SAP de Almería de 14 de marzo de 2015 esta responsabilidad está caracterizada *“comúnmente por ser una responsabilidad directa y cuasiobjetiva, justificada por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres corresponde en relación con los hijos sometidos a su potestad, con presunción de culpa en quien la tiene atribuida y con la inserción del aspecto objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no puede calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana de la culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia o del deber in educando ...”*<sup>97</sup>.

Para que esta responsabilidad nazca debe existir, acreditadamente, un comportamiento por parte del menor que cree un riesgo de daño que los padres (o el sujeto que se declare responsable) puedan tener la posibilidad de haber evitado mediante la vigilancia y el control sobre el mismo<sup>98</sup>.

Pues bien, podemos preguntarnos si en aquellos casos en los que los progenitores se encuentran privados de la patria potestad, éstos podrían ser responsables de los daños ocasionados por los menores. A este respecto, el art. 61.3 de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores<sup>99</sup> indica que la responsabilidad civil que se deriva de estos actos es solidaria entre las personas referidas en el mismo y el menor, de manera que, tal como establece la SAP de Jaén de 5 de mayo de 2010, *“si existen los padres pero no ejercen las funciones como tales por la privación de la patria potestad, los siguientes a responder serán los tutores, luego*

---

<sup>96</sup> Art. 1902 Real Decreto 24 de julio de 1889 del Código Civil (BOE 25 julio 1889): *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

<sup>97</sup> SAP Almería 14 de marzo de 2015 (JUR\2015\167472).

<sup>98</sup> SAP Jaén 16 de diciembre de 2013 (AC\2014\560).

<sup>99</sup> Art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad (BOE 13 enero 2000) *“Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos”*.



*los acogedores y guardadores legales o de hecho*”<sup>100</sup>. Así, el tribunal considera que, al estar un progenitor privado de la patria potestad, carece de responsabilidad por estos actos al no desempeñar los deberes de vigilancia inherentes a la misma. Un ejemplo de la aplicación del art. 61.3 lo encontramos en la SAP de Jaén de 15 de noviembre de 2010<sup>101</sup>. Los hechos fueron, en esencia, los siguientes: un menor hurtó de la habitación de otro un aparato electrónico, cuyo valor ascendía a unos 200 euros aproximadamente, mientras se encontraba en una situación de acogimiento residencial. Los progenitores habían sido privados de la patria potestad con anterioridad, por lo que el tribunal consideró que la responsabilidad solidaria con el menor le correspondía a la administración pública, ya que ésta poseía las facultades inherentes de las que fueron privados los padres del menor y, por ello, le correspondía un deber de vigilancia y control sobre el mismo. Esta entidad, además, no acreditó haber actuado con la diligencia debida para evitar el incidente.

Ahora bien, cabría plantearse si en aquellas situaciones (poco frecuentes) en las que un progenitor, que ha sido privado de la patria potestad, tiene establecido un derecho de visitas a su favor, podría considerarse responsable de los actos lesivos cometidos por el menor durante el ejercicio de ese derecho. Cabría pensar que durante las visitas, el progenitor ostentaría una guarda “de hecho” y en el art. 1903 CC se menciona la guarda para imputar la responsabilidad por el hecho ajeno, pero no se establece si es legal o de hecho<sup>102</sup>. La jurisprudencia (SAP Navarra 4 mayo 2010 AC\2010\1851, entre otras) explica qué debe entenderse por guarda a los efectos del art. 1903 CC: *“creemos que la expresión bajo su guarda empleada en el art. 1903 del CC ... al regular la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, no equivale a bajo su patria potestad, tal como resulta de su propio tenor literal y de una interpretación sistemática del mismo precepto y con relación a otros artículos del mismo Código Civil. Así, desde un punto de vista terminológico, guarda sólo puede significar el cuidado directo de una persona y no el derecho inherente a la paternidad y maternidad establecido como institución a favor de los hijos, conforme a lo indicado en el artículo 154 del CC”*.

Con lo cual, en la situación que nos hemos planteado, cabría la responsabilidad del progenitor durante el periodo de visitas, aunque se encuentre privado de la patria potestad.

**4.2.3.** – Para que pueda tener lugar la desheredación de padres y ascendientes deben darse alguna de las circunstancias del art. 854 CC en el que se exponen varias causas que darían lugar a esos efectos. Además, a éstas habría que sumar las expresadas en el art. 756 CC (en sus apartados 1º, 2º, 3º, 5º y 6º), sobre indignidad para suceder.

Una de las causas de desheredación es, precisamente, haber sido privado de la patria potestad.

---

<sup>100</sup> SAP Jaén 5 de mayo de 2010 (JUR\2010\372266).

<sup>101</sup> SAP Jaén 15 de noviembre de 2010 (JUR\2011\129237).

<sup>102</sup> C. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, *La privación de la patria potestad*, Barcelona, 2006, pp. 169, 170.



Entre otras, una diferencia entre desheredación e indignidad es que en la primera debe expresarse la causa legal por la que se deshereda en el testamento, según señala la SAP de Cáceres de 19 de marzo de 2015<sup>103</sup>; mientras que en la indignidad no se requiere que el causante exprese las causas en el testamento para dotarlas de efecto<sup>104</sup>.

En la SAP de Valladolid de 7 de octubre de 2013<sup>105</sup>, los progenitores de la fallecida incurrían en indignidad por la vía del art. 756.1º CC, ya que queda probado que abandonaron a sus hijos menores de edad. Estos progenitores tratan de defenderse alegando que nunca habían sido condenados por un juez por un delito de abandono de familia tipificado en el CP, sin embargo el tribunal aprecia que se incurre en indignidad *“a raíz del momento en que voluntariamente hicieron dejación (...) de la totalidad de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad en relación con sus hijos, desentendiéndose material y afectivamente de ellos”*.

En la SAP de A Coruña de 27 de febrero de 2009<sup>106</sup> se hace referencia a la indignidad de un progenitor debido al incumplimiento de los deberes parteno-filiales durante la minoría de edad de su hijo, que en el momento del fallecimiento del mismo contaba con treinta años de edad. Se hace una especial mención a la llamada rehabilitación por la cual se *“permite al indigno suceder, por testamento o abintestato al causante que le rehabilitó”*, y puede localizarse en el art 757 CC. El tribunal estimó que el hijo fallecido, durante su vida, no había empleado los cauces de la rehabilitación para evitar la indignidad de su padre, por lo que no pudo acceder a sus bienes.

En el mismo sentido, en la SAP de Granada de 8 de septiembre de 2006<sup>107</sup> encontramos otro caso de indignidad para suceder por parte del progenitor del fallecido. Tras el divorcio, el juez fija para este sujeto un régimen de alimentos y visitas para con el hijo, no cumpliéndolos en ningún momento, considerando el tribunal que no hay justificación para no cumplir estos deberes, ya que aunque no se lo hayan reclamado nunca de manera judicial, él era conocedor de estas medidas adoptadas en la sentencia de divorcio, no siendo necesaria su reclamación para su debido cumplimiento.

**5.** – Como resultado del estudio jurisprudencial expuesto podemos concluir que, en la actualidad, la privación de la patria potestad se revela como un instrumento muy necesario para proteger el libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad. Para estos, el apoyo de una figura protectora cercana, como es la de los padres, se reputa esencial en esta etapa de la vida en la que son tan vulnerables.

---

<sup>103</sup> SAP Cáceres 19 de marzo de 2015 (JUR 2015\105487).

<sup>104</sup> A. QUESADA PÁEZ, “Legítimas y desheredación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2015, pp. 209 a 229, conr. pp. 209 229.

<sup>105</sup> SAP Valladolid 7 de octubre de 2013 (JUR\2013\325110).

<sup>106</sup> SAP A Coruña 27 de febrero de 2009 (JUR\2009\285387).

<sup>107</sup> SAP Granada 8 de septiembre de 2006 (JUR\2008\10535).



En vista al análisis jurisprudencial realizado, considero muy acertado por parte del legislador haber introducido la figura de la privación de la patria potestad en el ámbito penal, ampliando así el catálogo de causas que pueden dar lugar a la misma. Por otra parte, con respecto a la figura de la inhabilitación me encuentro en profundo desacuerdo. Tras mucho reflexionar, entiendo que es una medida que perjudica gravemente la seguridad (tanto jurídica como personal) del menor, ya que ningún juez dictamina si ha cesado la causa que la motivó, al recuperarse el ejercicio de la patria potestad de manera automática.

Sin embargo, en lo referido al derecho de visitas, estimo que, a juicio de las causas especialmente graves que deben concurrir para que un progenitor sea privado de la patria potestad, no considero positiva la influencia que puede transmitir un progenitor a su hijo en esta situación. Por ello, no entiendo adecuado la posibilidad de que pueda establecerse un derecho de visitas en estas circunstancias.

## ABSTRACT

Stripping the parent of patria potestas is considered a measure of minor's protection and always it is imposed by a court judgment. This instrument enables that child's interest prevail over parent's interest, so avoid the incorrect execution (or inexistent) of parent's obligation. Sometimes, the reason to explain de adoption of this measure are localized in parent's negative behavior, but, other times they takes place about "reflex effect" of actions or omissions by parent over other person. The objective of this research is to group the different causes of stripping the parent of patria potestas included in court judgments.