

2003, el recurso que ha interpuesto Gestevisión Telecinco, S. A. y don Pedro R. tiene un único motivo, que se estima, pues se considera que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido el artículo 20.1.d) de la Constitución Española, relativo al derecho de información, y los artículos 2.2 y 3.1 de la Ley de protección civil del derecho al honor, intimidad e imagen, relativo al consentimiento, tal como se ha expuesto. Lo cual coincide con el motivo primero del recurso interpuesto por don Julián L. S. J., que alega la infracción del artículo 20 de la Constitución Española, que ciertamente y como se ha dicho, sí se ha producido: por lo cual debe estimarse este motivo, careciendo de interés entrar en el análisis de los restantes (FD 4.º).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.2. Derecho de Familia

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FAMILIARES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Antecedentes.—Desde hace varios años, más de seis en la actualidad, el citado padre biológico no ha visto a su hija, hasta el punto de que no cree que le reconozca si le ve; igualmente, desde enero de 1992 no se ha preocupado de la alimentación y sustento de su hija, como también resulta haber cobrado personalmente la ayuda familiar que devengó por el nacimiento de la misma sin haber empleado ni una peseta de ella en tales menesteres, dedicándola en su totalidad a sus atenciones.

Doctrina.—El padre y actor, hoy apelado, ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares, en forma tal que se hace acreedor a la privación por vía de sanción de la patria potestad que comparte hasta ahora con la madre de su hija, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 17 del Código Civil. E igualmente esa circunstancia debe llevar a denegarle el ejercicio de cualquier derecho de visita a la hija, incongruente con su actitud de desinterés hacia ella, cuyo derecho a relacionarse con la menor sólo está justificado por el bien que a ésta pudiera reportar, no estimándose en absoluto beneficiosa en las actuales circunstancias esa relación.

JURISPRUDENCIA ANALIZADA

STS de 11 de octubre de 2004 (*La Ley. Juris.* Ponente: don José Almagro Nosete); STS de 31 de diciembre de 1996 (*La Ley. Juris.* 508/1996. Ponente: don José Almagro Nosete); STS de 5 de octubre de 1987 (*La Ley. Juris.* 12627-JF/0000. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno).

COMENTARIO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PATRIA POTESTAD COMO INSTITUCIÓN PROTECTORA DEL MENOR.—III. FORMAS DE INCUMPLIMIENTO: A) INCUMPLIMIENTO HABITUAL, REITERADO Y PERMANENTE DE LOS DEBERES FAMILIARES POR PARTE DEL PADRE. B) PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE TRAS EL PARRICIDIO DE LA MADRE.—IV. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: A) INTERÉS DE LA MENOR. B) DENEGACIÓN DEL DERECHO DE VISITA.—V. RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. BENEFICIO DEL MENOR: A) INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LOS DEBERES. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. B) INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LOS DEBERES. PRIVACIÓN TEMPORAL DE LA PATRIA POTESTAD. C) INEXISTENCIA INICIAL DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. RECUPERACIÓN «DE HECHO» PROGRESIVA DE LA MISMA.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis jurisprudencial relativo al tema que nos ocupa, la privación de la patria potestad, no supone más que la concreción de los criterios marcados en su día por el legislador constitucional y desarrollados con posterioridad en el Código Civil. No ha habido variación ni cambios jurisprudenciales.

La jurisprudencia es clara por que también lo es la legislación, y más aún los principios generales del ordenamiento jurídico sustentadores de aquélla: *el incumplimiento de los deberes paternos conllevan inexorablemente a la privación de la patria potestad no como una sanción, sino en beneficio del menor en cuyo interés siempre hay que actuar.*

II. LA PATRIA POTESTAD COMO INSTITUCIÓN PROTECTORA DEL MENOR

La sentencia de 31 de diciembre de 1996 (1) ha señalado con toda claridad la línea jurisprudencial a seguir, pues de su Fundamento de Derecho 4.º destacamos cómo el artículo 39 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos; también impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.

Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos (art. 49). Es decir, constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno.

La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo conte-

(1) STS de 31 de diciembre de 1996. *La Ley. Juris.* 508/1996. Ponente: don José Almagro Nosete.

nido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 154 del Código Civil.

El carácter familiar de la patria potestad no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esa institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor. De ahí que la privación de la patria potestad en determinados supuestos, como son los comprendidos en el artículo 170 del Código Civil, se establezca como una medida de protección del menor.

Ante un supuesto hecho similar, la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1993, con cita de las sentencias de 9 de marzo de 1989 y 30 de abril de 1991, establece que la patria potestad, al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben, está orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen tanto los hijos como los padres en punto a la causa que creó la situación excepcional y anómala en que uno y otro se encuentren como la posibilidad de su ejercicio integral.

Evidentemente habrá que estudiar todos los supuestos, pero siempre habrá de tenerse en cuenta, ante todo, el *interés del hijo menor*, su *personalidad*, su *estado emocional* y *demás circunstancias* concurrentes en el caso, en verdad singulares, para llegar a la conclusión de la procedencia de la privación de la patria potestad tras la ponderada valoración de los elementos probatorios y la correcta interpretación de las normas jurídicas aplicables.

III. FORMAS DE INCUMPLIMIENTO

A) INCUMPLIMIENTO HABITUAL, REITERADO Y PERMANENTE DE LOS DEBERES FAMILIARES POR PARTE DEL PADRE

Desde hace varios años, más de seis en la actualidad, el citado padre biológico no ha visto a su hija, hasta el punto de que no cree que le reconozca si le ve; igualmente, desde enero de 1992 no se ha preocupado de la alimentación y sustento de su hija, como también resulta haber cobrado personalmente la ayuda familiar que devengó por el nacimiento de la misma sin haber empleado ni una peseta de ella en tales menesteres, dedicándola en su totalidad a sus atenciones. STS de 11 de octubre de 2004 (2).

(2) STS de 11 de octubre de 2004. *La Ley. Juris*. Ponente. don José Almagro No-sete.

B) PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE TRAS EL PARRICIDIO DE LA MADRE (3)

La patria potestad, por Derecho natural y positivo, viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede, en determinados casos, restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la Ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código Civil, que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación del menor.

El Juzgador a *quo* concluye sobre la privación de la patria potestad, con pleno y sólido asiento en el citado artículo 170, pues difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del referido precepto, ya que *repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apego cariñoso hacia el hijo*, cuestión que esta Sala no duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haberlo sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exacerbados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien, según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna.

La privación de la patria potestad se funda en uno de los más graves incumplimientos, en flagrante transgresión de lo prevenido en el artículo 154.1 del Código Civil, lo que implica no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad, al menos en las actuales circunstancias, de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado uno de sus más trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aun previa la ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquél (FD 3.º).

(3) STS de 31 de diciembre de 1996. El núcleo del debate judicial se ha centrado en la privación de la patria potestad al padre (demandado y recurrente) por razón del delito de parricidio que cometió contra su cónyuge y madre del menor de que se trata, privación solicitada por la tía materna del expresado menor cuya guarda y custodia ostenta. La argumentación del motivo insiste en la valoración de los informes psicológicos obrantes en autos, planteamiento que, por sí, denota su nula consistencia jurídica en función de la causa casacional alegada y, con carácter general, su inoperatividad dentro de los márgenes de un recurso de casación que debe partir del respeto a los hechos probados.

IV. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

A) INTERÉS DE LA MENOR

La concreción del interés de la niña se centra en *privar parcialmente de la patria potestad al padre y confiar la guarda y custodia a la madre*, pero después de dejar sentado que «*el padre ha incumplido sus deberes legales*» y que «*ha satisfecho alimentos en algunas épocas*».

B) DENEGACIÓN DEL DERECHO DE VISITA

El padre ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares, en forma tal que se hace acreedor a la privación por vía de sanción de la patria potestad que comparte hasta ahora con la madre de su hija, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 17 del Código Civil.

E igualmente esa circunstancia debe llevar a *denegarle el ejercicio de cualquier derecho de visita a la hija*, incongruente con su actitud de desinterés hacia ella, cuyo derecho a relacionarse con la menor sólo está justificado por el bien que a ésta pudiera reportar, no estimándose en absoluto beneficiosa en las actuales circunstancias esa relación.

Para ello se tiene en cuenta no sólo la desidia y desgana hacia la relación con la hija que se desprende de la actitud absolutamente incumplidora de sus deberes, sino además la futilidad de los argumentos que ha venido dando para justificar no ir a ver a su hija (la altura del muro del colegio), que no hacen sino abonar la tesis de que su demanda no es sino una réplica frente a la solicitud de adopción de la menor que realizó el esposo de la madre de la niña, justamente anterior a la presentación de la demanda del padre biológico (FD 1.º).

V. RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.
BENEFICIO DEL MENOR

El Código Civil permite la recuperación de la patria potestad, siendo indiferente que el incumplimiento que privó al menor de la patria potestad se hubiese calificado de *grave* (como en la STS de 11 de octubre de 2004) o de parcial o temporal (STS de 5 de octubre de 1987) (4).

A) INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LOS DEBERES. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Posibilidad que se pone de manifiesto en la STS de 11 de octubre de 2004, objeto de estudio.

Tras el análisis de los hechos probados se recoge cómo el padre *ha satisfecho alimentos en algunas épocas*, como si el privarle totalmente de dicho derecho-deber, concebido como función, justificase el no pago de pensión en

(4) STS de 5 de octubre de 1987. *La Ley. Juris.* 12627-JF/0000. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

el futuro, lo que en modo alguno ocurre ni se puede afirmar, teniendo en cuenta que, según el artículo 110 del Código Civil, el deber de prestar alimentos subsiste y que la *recuperación de la patria potestad*, cuando se ha privado de ella, sólo puede acordarse «cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación» (art. 170-2 del Código Civil), lo que implica mayor seguridad para el cumplimiento, si se priva al progenitor de la patria potestad, dado que, si realmente tiene interés en cumplir sus deberes para con la niña, cumplirá, y, de no ser así, parece ajustarse al interés de ésta que no ostente la patria potestad (FD 2.º).

Cumplido cuanto se apunta con anterioridad, procede confirmar la sentencia del Juzgado de Familia, que privó de la patria potestad al padre, previa consignación de que desde el día en que nació la menor, los únicos deberes que ha probado haber cumplido el padre respecto a su hija son el pago de algunas mensualidades de pensión, y ello debido a que la madre tuvo que reclamarle judicialmente alimentos para su hija. La consideración del incumplimiento especificado como *grave* no impide el control previsto en el artículo 158 del Código Civil, reiterado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (protección jurídica del menor), ni el derecho del menor a ser oído, ni a su información adecuada, debiendo buscarse su desarrollo integral, de acuerdo con su personalidad, ni las prestaciones alimenticias impuestas al padre que contempla el artículo 110 del Código Civil, que trascienden a la patria potestad y función familiar, todo ello conforme a las previsiones contenidas en su artículo 39 CE, de manera que tampoco resultará inútil recordar la protección familiar contenida en los artículos 226 y 228 del Código Penal de 1995, nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (art. 10-2 del Código Civil) (FD 2.º).

B) INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LOS DEBERES. PRIVACIÓN TEMPORAL DE LA PATRIA POTESTAD

En la STS de 5 de octubre de 1987 se adopta la *privación parcial y temporal de la patria potestad*. Pensando principalmente en el interés del menor, se concluye en la necesidad de una adaptación progresiva (que puede irse acentuando o suspendiendo) a la convivencia con el padre. Todo ello porque el ejercicio de la patria potestad corresponde, *fundamentalmente y primariamente* a los padres (5).

(5) Supuesto de hecho de la sentencia de 5 de octubre de 1987: En el proceso instado por don Jesús y doña Pilar, abuelos del niño Ángel contra su yerno don Marcos, sobre privación de la patria potestad, se dictó sentencia en primera instancia por la que se privaba parcial y temporalmente de ella al demandado, quien ostentaría, no obstante, los derechos y deberes inherentes a dicha institución, excepto la guarda del menor, que quedaría en compañía de sus abuelos maternos, salvo finales de semana de 12 horas del sábado a 19 horas del domingo y períodos vacacionales, hasta comienzo del curso 1985-1986, en que quedaba en compañía de su padre con la obligación de atender a la manutención con 10.000 ptas. mensuales y a todos los gastos extraordinarios, todo ello sin perjuicio de las medidas cautelares y disposiciones tuitivas, que, en su caso, se adopten. Dicha resolución fue confirmada en apelación por la aquí impugnada.

El demandado ocultó su desahogada posición económica, haciéndose pasar en ocasiones por pobre en sentido legal, ante la Justicia, con la finalidad de no pagar alimentos al hijo, otros, que maltrató reiteradamente a su esposa, posteriormente fallecida, la que en vida soportó un terrible sufrimiento moral por la conducta del esposo y por los esfuerzos que realizaba para salvar su matrimonio, otro, finalmente, acreditativo de las alteraciones psicológicas del niño; todos estos documentos fueron estudiados y valorados por los juzgadores de instancia y partiendo de lo que ellos acreditan establecieron *un régimen progresivo de adaptación del menor a la compañía del padre que*, en definitiva, es a quien por ley corresponde fundamental, y primariamente, el ejercicio de la patria potestad en toda su amplitud, todo ello como expresa la propia sentencia, sin perjuicio de las medidas cautelares y tuitivas que, en su caso, se adopten, es decir, sin perjuicio de que mediante dicha acción protectora se vayan resolviendo los problemas que el estado emocional del niño y las circunstancias exijan, *acentuando* la intervención del padre en el cuidado y guarda del menor, si la adaptación se va produciendo, o disminuyendo e, incluso, *suspendiendo* la intervención del padre en tal guarda cuando la salud física o mental del niño así lo aconsejen, y cuidando, por otra parte, que la conducta de los abuelos en esa adaptación sea positiva y no coopere al rechazo del hijo hacia su padre, todo lo cual lleva a la desestimación del motivo (FD 2.º).

C) INEXISTENCIA INICIAL DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

RECUPERACIÓN «DE HECHO» PROGRESIVA DE LA MISMA

El supuesto contrario se desarrolla en la STS de 31 de diciembre de 1996 (6), donde se parte de que ha existido durante años una despreocupación del padre viudo hacia su hijo, motivado por las desavenencias de aquél con su familia política, no existiendo privación de patria potestad, y solicitándose la progresiva «recuperación» de hecho —aunque no de derecho— de la misma.

Debe tenerse también en cuenta que «esta despreocupación, al menos externa y formal, obedece a causas o motivos ya expuestos (desavenencias familiares con la esposa y los padres de ésta), que subjetivamente pueden ser válidos», y que no constituyen causa suficiente para una privación de la patria potestad, pues, como afirma la sentencia de apelación, el demandado sabía que el niño estaba debidamente atendido, y la realidad acredita, además, que los abuelos no están dispuestos a entregarlo al padre, todo ello sin olvidar que el párrafo 3.º del citado artículo 170, faculta a los Tribunales para, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación, y *en el caso de litis ni hubo privación*, por no darse los supuestos a los que está condicionada, ni aun en caso afirmativo, según reconocen las sentencias de instancia, pervivirían las causas que pudieron determinarla (FD 3.º).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

(6) 31 de diciembre de 1996. *La Ley. Juris.* 508/199/9. Ponente: don José Almagro Nosete.