

D O C U M E N T S D E T R E B A L L

INVESTIGACIÓ

(Ajuts a la investigació, 2002)

Privació de la potestat dels pares en el dret civil català

Autora

Covadonga Ruisánchez Capelastegui

Any 2002



Generalitat de Catalunya
**Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada**

Índex

Capítol I. Introducció.....	8
1. La titularitat de la potestat dels pares.....	9
1.1. Els pares, titulars naturals de la potestat sobre els seus fills	9
1.2. Exercici de la potestat en benefici dels fills	19
2. La privació de la potestat dels pares com a mesura de protecció del menor.....	22
3. Tipus de privació de la potestat	28
3.1. Privació de la potestat parcial o total	28
3.2. Privació de la potestat temporal o definitiva	29
Capítol II. La privació de la potestat dels pares en el procés civil	31
1. Plantejament de la institució de la privació de la potestat dels pares en el dret comparat	32
1.1. Itàlia	32
1.2. França	33
1.3. Alemanya	34
1.4. Holanda	34
1.5. Portugal	36
1.6. Estats Units d'Amèrica	37
1.7. Anglaterra	37
1.8. Escòcia	38
2. Privació de la potestat per incompliment de deures inherents a la potestat	39
2.1. Existència de perjudici o risc de patir-lo per al menor.....	41

2.1.1. Pares separats.....	42
2.1.2. Pares no separats	46
2.2. Tipus de perjudici o dany	49
2.3. Deures l'incompliment dels quals és susceptible de donar lloc a la privació de la potestat dels pares. Anàlisi de la jurisprudència per constel·lacions de casos	56
2.3.1. Tècnica legislativa	56
2.3.2. Deures en l'àmbit personal: atendre'ls, tenir-los en la seva companyia, educar-los, alimentar-los	57
2.3.2.1. Compliment defectuós del deure vetllar pel menor d'edat	58
2.3.2.1.1. Falta d'exercici de la potestat dels pares en interès del menor.....	58
2.3.2.1.2. Maltractaments físics	60
2.3.2.1.3. Maltractaments psíquics	61
2.3.2.1.4. Maltractaments a altres membres de la família	62
2.3.2.1.5. Falta d'atenció per part dels progenitors: educació, salut, alimentació	65
2.3.2.1.5.1. Falta d'atenció respecte del menor d'edat en general: desinterès o desídia	65
a) Respecte a ambdós progenitors	65
b) Respecte del progenitor que no conviu amb el menor d'edat	68
2.3.2.1.5.2. Incompliment del deure d'educar i de donar una formació integral al menor d'edat	71
a) Elecció de sistema educatiu	73
b) Dret de correcció	73

2.3.2.2. Absència del progenitor	78
2.3.2.2.1. Presó del progenitor.....	78
2.3.2.2.2. Parador desconegut del progenitor.....	79
2.3.2.3. Idoneïtat del progenitor: circumstàncies personals que dificulten l'assumpció dels deures paternofilials.....	80
2.3.2.3.1. Malaltia: drogodependència, alcoholisme, malalties infeccioses	85
2.3.2.3.2. Trastorns de la personalitat, incapacitació	85
2.3.2.3.3. Llibertat ideològica i lliure desenvolupament de la personalitat dels progenitors	87
2.3.2.4. Delegació del compliment dels deures paternofilials	92
2.3.2.5. Compliment de les normes o resolucions judicials sobre exercici de la potestat o visites	95
2.3.3. Deures en l'àmbit patrimonial: representar el menor i administrar els seus béns	95
2.4. Subjecte passiu de la privació de la potestat dels pares.....	96
2.5. Imputabilitat de la conducta	98
2.6. Correlació entre la conducta del progenitor i el dany per al menor	103
2.7. Criteris que moderen l'aplicació de la privació de la potestat	103
2.8. Aplicació de la mesura respecte de concebuts i no nascuts	108
3. Privació de la potestat dels pares en el procés matrimonial	111

Capítol III. La potestat dels pares en el procés penal	113
1. Regulació de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat: art. 39 i 46 CP	114
1.1. Efectes de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat	115
1.2. Durada de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat	117
1.2.1. Caràcter temporal de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat i recuperació automàtica de la potestat dels pares	117
1.2.2. Acumulació de penes d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat	122
1.3. Abast subjectiu de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat: a quins fills afecta?	123
1.4. Qualificació jurídica de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat	129
1.4.1. La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat com a pena principal	129
a) Tràfic de menors: art. 221 CP	129
b) Delictes contra la llibertat i indemnitat sexuals: arts. 178 a 190 CP.....	129
c) Delictes de suposició de part, ocultació, lliurament o substitució per alterar la filiació: art. 220, 221 CP.....	134
d) Delicte d'incompliment de deures legals d'assistència inherents a la pàtria potestat: art. 226 CP.....	134
e) Delicte d'abandonament de menors i delicte d'utilització o tràfic de menors per a la mendicitat: arts.	

229 a 232 CP.....	134
1.4.2. La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat com a pena accessòria: art. 56 CP.....	137
1.4.3. La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat com a mesura de seguretat: art. 107 CP.....	144
2. Relació entre la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat i la privació de la potestat dels pares	146
3. La privació de la potestat en un procés penal	147
Capítol IV. Privació de la potestat i institucions de protecció del menor d'edat	155
1. Privació de la potestat, tutela <i>ex lege</i> i guarda assistencial	155
Bibliografia	169

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Capítol I. Introducció¹

El Codi de família regula la privació de la pàtria potestat en l'art. 136, en el títol corresponent a la potestat del pare i de la mare.

La privació de la potestat als progenitors implica que aquests –sempre que la filiació estigui legalment determinada- perden els deures i facultats inherents a la titularitat d'aquesta (tenir-los en la seva companyia, educar-los, etc.), encara que no afecta el vincle legal de filiació ni impedeix, per exemple, el dret de visites. En aquest sentit, pot considerar-se que és una de les mesures estatals d'intervenció sobre l'autonomia familiar més agressives,² ja que buida de contingut la titularitat de la potestat dels pares.³

La privació de la potestat dels pares requereix que el jutge aprecii l'incompliment *dels deures paternofilials* per part dels progenitors. La sentència de privació de la potestat dels pares pot ser dictada en un procés civil *ad hoc*, matrimonial o penal.

Article 136 CF. *Privació de la potestat.*

1. El pare i la mare poden ésser privats de la titularitat de la potestat només per sentència ferma, fonamentada en l'incompliment greu o reiterat

¹ Aquest treball està centrat en l'anàlisi del dret català. No obstant això, són obligades les referències a la legislació del Codi civil que s'ha aplicat a Catalunya en aquesta matèria fins 1996. Per això, al llarg del treball es fan servir indistintament —tenint en compte que la regulació catalana i del Codi civil és semblant en aquest punt— els termes “privació de la potestat dels pares” i privació de la pàtria potestat.

² L'adopció suposa una intervenció superior ja que, en principi, és una mesura definitiva i extingeix la relació de filiació, sempre que no es tracti de l'adopció de fill del cònjuge o parella. En canvi, almenys teòricament, la privació de la potestat pot ser una mesura temporal. A més a més, la privació de la potestat no extingeix la totalitat de vincles entre el progenitor i el seu fill.

³ En el part corresponent del treball s'estudia si la privació de la potestat dels pares és una causa d'extinció de la mateixa —María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, “Comentario art. 170 CC”, en *Comentarios al Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coordinador), Aranzadi, Elcano, 2001, p. 284-286 — o si afecta únicament al seu exercici.

de llurs deures, o per sentència dictada en causa penal o matrimonial. La privació no afecta l'obligació de fer tot el que calgui per a assistir els fills menors ni la de prestar-los aliments en el sentit més ampli.

2. L'autoritat judicial ha d'acordar, en benefici i interès dels fills, la recuperació de la titularitat de la potestat quan hagi cessat la causa que n'havia motivat la privació.

1. La titularitat de la potestat dels pares

1.1 Els pares, titulars naturals de la potestat sobre els seus fills

La Constitució espanyola (en endavant, CE) atorga rang constitucional a la responsabilitat primària dels pares en l'atenció i educació dels seus fills, encara que no ho reculli expressament.

Art. 39 CE:

“1. Els poders públics asseguruen la protecció social, econòmica i jurídica de la família.

2. Els poders públics asseguruen així mateix, la protecció integral dels fills, iguals aquest davant la llei amb independència de la seva filiació, i de les mares, sigui quin sigui el seu estat civil. La llei possibilitarà la investigació de la paternitat.

3. *Els pares han de prestar assistència de tot ordre als fills haguts dins o fora del matrimoni, durant la seva minoria d'edat i en els altres casos en què legalment correspongui.*

4. Els nens gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets.”

El menor d'edat apareix contemplat en aquest article en una triple dimensió. En

primer lloc, s'assenyala que els poders públics han d'assegurar la protecció integral dels menors d'edat (art. 39.2 CE). En segon lloc, s'estableix que la funció d'atendre als fills correspon als pares (art. 39.3 CE). En tercer lloc, als menors d'edat se'ls reconeixen els drets que recullen els acords internacionals sobre la infància que l'Estat espanyol hagi ratificat (art. 39.4 CE).

El text constitucional no precisa la relació entre les dues primeres dimensions, Cal entendre que la protecció dels poders públics al menor d'edat és subsidiària de la dels pares, en el sentit que el deure assistir als fills correspon en primer lloc als pares i només si aquests no compleixen amb el seu deure d'assistència l'Estat ha d'intervenir.⁴ O bé, prescindir de la relació de subsidiarietat i assenyalar que es tracta d'accions protectores que actuen en plans diferents.⁵ Entenc que ambdues posicions són compatibles i que de l'art. 39 CE pot derivar-se que l'assistència als fills correspon en primer lloc als seus pares, sense perjudici de la funció de protecció i promoció d'aquesta assistència que ostenta l'Estat i que ha de respectar la prioritat dels pares en aquesta tasca, a menys que la seva actuació es reveli com insuficient o perjudicial per al menor d'edat.

L'art. 27.3 CE regula el dret dels pares a que els seus fills rebin la formació moral d'acord amb les seves conviccions de manera que corrobora la interpretació de l'art. 39 CE del paràgraf anterior. De fet, l'enunciat de l'art. 27 CE pot considerar-se una derivació del reconeixement als pares de la seva responsabilitat primària en l'atenció dels seus fills (art. 39.3 CE).

Art. 27.3 CE: “Els poders públics garanteixen el dret que assisteix als pares perquè els seus fills rebin la formació religiosa i moral que estigui d'acord amb les seves pròpies conviccions”.

La lectura d'ambdós preceptes permet dir que la nostra Constitució parteix del pressupòsit que els pares són els titulars naturals de la potestat sobre els seus

⁴ F. Javier GÁLVEZ, “Comentario art. 39 CE” en *Comentarios a la Constitución*, Fernando GARRIDO FALLA y otros, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1985, p. 760.

⁵ Diego ESPÍN CANOVAS, “Comentario al art. 39 CE” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dirigits por Oscar ALZAGA VILLAAMIL), T. IV, Edersa, Madrid, 1996, p. 52.

fills.

Ara bé, encara que la titularitat dels pares de la potestat sobre els seus fills que es dedueix de l'art. 39 CE té rang constitucional, no obstant això *no està configurada com un dret fonamental*, sinó com un principi rector de la política social i econòmica ja que l'art. 39 CE s'inclou en el Capítol III del Títol I i no en el capítol relatiu als drets i llibertats (Capítol II del Títol I). La seva regulació com a principi rector no li resta força normativa ja que vincula el legislador i als poders públics, però no permet l'exigència d'una prestació estatal individualitzada.⁶

El Tribunal Constitucional ha repetit que els principis rectors no són normes sense contingut i que han de ser tinguts en compte tant en la interpretació de les restants normes constitucionals, com de les lleis (STC 14/1992, de 10 de febrer, F.J 11; STC 19/1982, de 5 de maig, FJ 6). Segons el TC “les resolucions [judicials] hauran d'estar informades per [el] el seu reconeixement, respecte i protecció [dels principis rectors]. [En conseqüència] una decisió que desconeix l'orientació que va haver de tenir l'aplicació de la legalitat accentua la falta de justificació i raonabilitat de la resolució impugnada (STC 203/2000, de 24 de juliol, F.J 4). En aquest sentit, la vulneració dels drets continguts en l'art. 39 CE pot ser un element a tenir en compte *amb* la vulneració d'un dret fonamental en la resolució d'un recurs d'inconstitucionalitat o d'un recurs d'empara. Aquest sistema, segons alguns autors, pot “fonamentalitzar” alguns drets recollits entre els principis rectors.”⁷

⁶ Antonio LÓPEZ PINA, “Comentario introductorio a los principios rectores de la política social y económica de la CE” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dirigidos por Oscar ALZAGA VILLAAMIL), T. IV, Edersa, Madrid, 1996, p. 27. S'ha dit així mateix que els principis rectors de la política social i econòmica funcionen com a directrius, el desconeixement de les quals, malgrat la greu conculcació de l'ordre constitucional, no tindria pels casos concrets cap eficàcia jurídica. Francisco Javier AMORÓS DORDA, “Comentario introductorio a los principios rectores de la política social y económica de la CE” en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978* (dirigidos por Oscar ALZAGA VILLAAMIL), T. IV, Edersa, Madrid, 1984, p. 10.

⁷ Pedro CRUZ VILLALÓN defensa el caràcter de drets fonamentals de tots els recollits en els art. 14 a 38 CE (Capítol II del Títol I), amb independència de que només els inclosos en la primera secció del Capítol tinguin reserva de Llei Orgànica. El mateix autor admet la possibilitat que altres drets arribin a “fundamentalitzar-se” en la mesura que se'ls hi donin les característiques que configuren un dret com fonamental: la garantia de la seva tutela judicial i la garantia del seu contingut essencial enfront del legislador (art. 53.1 CE). Posa com a exemple l'art. 39.1 CE que

Fora del supòsit exposat en el paràgraf anterior i a la vista de la tutela jurisdiccional que l'art. 53 CE atorga als diferents drets constitucionals, ni la vulneració dels drets que conté l'art. 39 CE ni la vulneració de la legislació que desenvolupa aquests drets podrà ser al·legada davant el Tribunal Constitucional com a fonament d'un recurs d'empara.⁸

L'art. 53.3 CE no admet que siguin susceptibles de recurs d'empara ni de recurs d'inconstitucionalitat les violacions de l'art. 39 CE, aquestes només poden ser al·legades davant la jurisdicció ordinària d'acord amb el que disposin les lleis que el desenvolupen. Per tant, l'aplicació de la legalitat ordinària que desenvolupi l'art. 39 CE no podrà ser revisada pel Tribunal Constitucional (STC 174/2002).

La importància de la matèria potser hagués aconsellat que s'inclogués l'art. 39 CE en el Capítol dels drets fonamentals⁹. No hi ha motius dogmàtics o tècnics que aconsellin la inclusió de l'art. 39 CE en el Capítol III del Títol I de la Constitució¹⁰. Clarament, els drets que poden derivar-se de l'art. 39.3 CE no

es fa servir com a fonament junt amb l'art. 14 CE en la qüestió d'inconstitucionalitat resolta per la STC 45/1989, de 20 de febrer, sobre l'obligació de la tributació conjunta dels cònjuges en la Llei del IRPF. vid. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, p. 27-28 i 249-252.

⁸ Article 53 CE.

1. Els drets i llibertats reconeguts en el Capítol segon del present Títol vinculen a tots els poders públics. Només per llei, que en tot cas haurà de respectar el seu contingut essencial, podrà regular-se l'exercici d'aquests drets i llibertats, que es tutelaran d'acord amb el que preveu l'article 161, 1, a)

2. Qualsevol ciutadà podrà demanar la tutela de les llibertats i drets reconeguts en l'article 14 i la Secció primera del Capítol segon davant els Tribunals ordinaris de preferència i sumarietat i, si escau, a través del recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional. Aquest últim recurs serà aplicable a l'objecció de consciència reconeguda en l'article 30.

3. El reconeixement, el respecte i la protecció dels principis reconeguts en el Capítol tercer informaran la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics. Només podran ser al·legats davant la Jurisdicció ordinària d'acord amb el que disposin les lleis que els desenvolupin.

⁹ José Luis LACRUZ BERDEJO va lamentar la no inclusió de l'article 39 CE entre els drets i deures fonamentals. Per a aquest autor, l'art. 39 CE "implica un reconeixement del valor i substantivitat de la família, que no sols és digna de respecte, i per tant d'una actitud negativa del poder públic evitant immiscir-se en la vida familiar, sinó que mereix totes les ajudes externes que afavoreixen el seu desenvolupament i el compliment de la seva missió", *Elementos de Derecho civil IV*, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 23.

¹⁰ S'ha assenyalat que la inclusió o exclusió de determinats drets en el Capítol III del Títol I va obeir exclusivament a la voluntat del legislador constituent. Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 190. No tots els drets que conté el

són drets socials, que necessiten de l'Estat per existir i són difícilment concretables en pretensions individuals.¹¹ A més a més la sistemàtica actual de la Constitució presenta la paradoxa que el dret dels pares a educar els seus fills d'acord amb les seves conviccions (art. 27.3 CE) pot motivar un recurs d'empara, mentre que la violació de l'art. 39 CE no, quan és en l'art. 39 CE on troba el seu fonament l'art. 27.3 CE.

Altres ordenaments recullen el principi que els pares són els titulars naturals de la potestat sobre els seus fills en la seva Constitució expressament, com és el cas d'Alemanya que en l'art. 6.II, III de la seva Constitució (*Grundgesetz*, en endavant GG) estableix:¹²

“I. L'atenció i l'educació dels fills són drets naturals dels pares i constitueixen una obligació incumbent primordialment a ells. La col·lectivitat pública vetlla pel seu compliment. III. Contra la voluntat dels encarregats de la seva educació, els nens només podran ser separats de la seva família en virtut d'una llei, quan els encarregats de la seva educació no compleixin amb el seu deure o, per altres motius, els nens corrin perill de desemparament”.¹³

De forma semblant, altres països, com a EUA i Canadà consideren que els pares tenen un interès constitucionalment protegit en la seva relació paternofamiliar.¹⁴

Capítol III poden qualificar-se de “drets socials” —clarament en el cas dels drets que deriven de l'art. 39 CE— i pot afirmar-se que el Capítol II recull, al seu torn, “drets socials”.

¹¹ Exposa aquestes característiques dels drets socials, Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 190 ss.

¹² Els comentaristes del text constitucional alemany han destacat que aquest dret natural no implica un poder, sinó que és deure i responsabilitat primària dels pares atendre a l'educació dels fills; l'Estat, al costat dels pares, també té aquesta funció i deure. : vid. Eva Marie VON MÜNCH, *Grundgesetz-Kommentar*, VON MÜNCH/KUNIG (Hrsg), Band 1, 4. Auf. Verlag C.H. Beck, München, 1992, “Art. 6 GG”, Rn 35.

¹³ Traducció del castellà de La Llei Fonamental de Bonn distribuïda per l'Ambaixada alemanya a Espanya, citada per Marta SALANOVA VILANOVA en “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”, *Derecho Privado y Constitución 7-1995*.

¹⁴ EUA: Meyer v Nebraska, 262 US 930 (1923); Stanley v Illinois, 405 US 645 (1972), vid. David D. MEYER, “Family Ties: Solving the Constitutional Dilemma of the Faultless Father”, *Arizona Law Review*, Fall-1999, p. 807; Canadà: New Brunswick (Minister of Health) v G (J), [1999] 3 SCR 46, 50 RFL (4th) 63, vid. Nicholas BALA, “Court decisions on same sex and unmarried partners, spousal rights and children”, *The International Survey of Family Law 2001*, Family Law-Jordan Publishing Limited, Bristol, 2001, p. 59-60.

He apuntat a l'inici d'aquest apartat que la protecció del menor d'edat de l'art. 39 CE presentava una triple dimensió. La tercera és la relativa a al reconeixement dels drets de la infància recollits en acords internacionals. L'art. 39.4 CE reconeix el dret dels menors d'edat a la protecció que garanteixen els acords internacionals subscrits per L'Estat espanyol.

Tant els tractats internacionals que l'Estat espanyol ha ratificat i que, per tant, són dret intern,¹⁵ com les lleis civils que regulen la potestat dels pares, parteixen d'aquesta premissa de titularitat primària dels pares de la potestat sobre els seus fills. Entre els acords internacionals que vetllen pels drets dels nens, i que L'Estat espanyol ha ratificat, destaca la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets del nen¹⁶ (en endavant, CNUDN). El Preàmbul de la Convenció destaca que la família d'origen és l'hàbitat natural i idoni per al desenvolupament del menor. L'art. 9.1 CNUDN estableix que els nens no han de ser separats dels seus pares contra la voluntat d'aquests, excepte mitjançant un procés legal si és necessari per al millor interès dels menors i els art. 18.1 i 27 CNUDN assenyalen que correspon als pares la responsabilitat principal en l'educació dels seus fills.

Art. 9.1 CNUDN:

“Els Estats Parts vetllaran per que el nen no sigui separat dels seus pares contra la voluntat d'aquests, excepte quan, a reserva de revisió judicial, les autoritats competents determinin, de conformitat amb la llei i els procediments aplicables, que la separació és necessària en l'interès superior del nen. La determinació pot ser necessària en casos particulars, per exemple, en els casos en què el nen sigui objecte de maltractament o descuït per part dels seus pares o quan aquests viuen separats i ha d'adoptar-se una decisió sobre el lloc de residència del nen. [...]”

Art. 18.1 CNUDN:

“[...] Incumbirà als pares [...] la responsabilitat primordial de la criança i el desenvolupament del nen. La seva preocupació fonamental serà l'interès superior del nen.”

¹⁵ Art. 96.1 CE i concordants.

¹⁶ Convenció de 20 de novembre de 1989, ratificada per instrument de 30 de novembre de 1990, BOE núm. 313, de 31 de desembre de 1990.

Art. 27.2 CNUDN:

“Als pares o altres persones encarregades del nen els incumbeix la responsabilitat primordial de proporcionar, dins les seves possibilitats i mitjans econòmics, les condicions de vida que siguin necessàries per al desenvolupament del nen”.¹⁷

Al seu torn, l'art. 8 del Conveni europeu per a la protecció dels Drets Humans i les Llibertats Fonamentals¹⁸ (en endavant, CEDH) recull el dret al respecte de la vida privada i familiar.

Art. 8.1. “Tota persona té dret al respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i de la seva correspondència. 2. No podrà haver-hi ingerència de l'autoritat pública en l'exercici d'aquest dret, sinó en tant que aquesta ingerència estigui prevista per la llei i constitueixi una mesura que, en una societat democràtica, sigui necessària per a la seguretat nacional, la seguretat pública, el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i les llibertats dels altres”.

Aquest dret a la vida privada i familiar permet excloure intervencions de l'autoritat pública en l'àmbit familiar si no estan legalment justificades i responen a la protecció de la salut i de la moral o a la protecció dels drets i llibertats dels altres.¹⁹ Implica, per tant, el reconeixement de l'autonomia dels pares en l'exercici de la potestat sobre els seus fills, que pressuposa que, en principi, els pares són els titulars de la potestat sobre els seus fills.

En l'àmbit europeu, la Resolució del Parlament Europeu sobre la Carta sobre els Drets del Nen²⁰ subratlla el paper primordial de la família i la seva estabilitat en el desenvolupament harmoniós i equilibrat del nen. Aquesta proposta de

¹⁷ L'art. 7 CNUDN guarda estreta relació amb els articles recollits en el text en indicar que el menor d'edat té dret, en la mesura que sigui possible, a conèixer els seus pares i a ser atès per ells.

¹⁸ Conveni de 4 de novembre de 1950, ratificat per Instrument de 26 de setembre de 1979, BOE núm. 243, de 10 d'octubre de 1979.

¹⁹ Sobre l'abast de la protecció de l'art. 8 vid. Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, París, 2002, p. 605-687. Vid., entre d'altres, les sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans: *Cas Kutzner v. Alemanya*, 26.2.2002; *Cas Scozzari i Giunta v. Itàlia*, 13.7.2000; *Cas K i T v. Finlàndia*, 12.7.2001; *Cas Söderbäck v. Suècia*, 28.10.1998.

²⁰ *Diari Oficial de les Comunitats Europees*, Resolució A3-0172/92, de 8 de juliol de 1992.

Carta de Drets del Nen inclou en el seu apartat 8.17 el dret de tot nen a viure amb els seus pares naturals, legals o adoptius. L'apartat 8.11 assenyala la responsabilitat conjunta del pare i la mare en l'educació i desenvolupament del menor i estableix que correspon als pares prioritàriament donar al nen una vida digna i, en la mesura dels seus recursos financers, els mitjans per satisfer les seves necessitats. Els Estats hauran d'assegurar als pares l'oportuna assistència en les responsabilitats que els competeixen, a través dels corresponents organismes, serveis socials.

En l'àmbit de la *legislació ordinària* es recull explícitament que correspon als pares la potestat sobre els seus fills. El fonament natural d'aquest dret permet afirmar que l'ordenament més que conferir als pares la pàtria potestat els la reconeix.²¹

La regulació de la potestat en l'ordenament civil català parteix que als progenitors els correspon la seva titularitat per dret natural.²² L'art. 132 CF estableix que la potestat sobre els fills correspon als progenitors. L'art. 11.2.b) de la Llei Orgànica de Protecció del Menor²³ (en endavant, LOPM) fixa com un dels principis rectors de l'actuació dels poders públics respecte als menors el manteniment del menor en el medi familiar d'origen tret que no sigui convenient per al seu interès. L'art. 17 de la Llei catalana d'Atenció i Protecció dels nens i adolescents²⁴ (en endavant, LAPIA) assenyala la responsabilitat primordial dels

²¹ Assenyala Gérard CORNU que a la necessitat de protecció que tenen els nens respon la "vocació natural dels pares" a assumir aquesta protecció. *Droit civil. La Famille*, 7a ed. Montchrestien, Paris, 2001, p. 156. Destaca el fonament natural de què els pares ostentin la potestat sobre els seus fills Marta SALANOVA VILANOVA en "El derecho del menor a no ser separado de sus padres", *Derecho Privado y Constitución* 7-1995, p. 236.

²² L'art. 167.2 CF assenyala que els progenitors són els titulars naturals de la potestat. Ho destaca també la jurisprudència del Tribunal Suprem: vid., la STS, 1a, 31.12.1996 FJ 3r; STS, 1a, 11.10.1991 FJ 2n. STS, 1a, 30.4.1991 FJ 3r.

²³ Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, i de modificació parcial del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil. *BOE* núm. 15, de 17 de gener.

²⁴ Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents i de modificació de la llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció. *DOGC* núm. 2083, de 2 d'agost. L'Exposició de Motius d'aquesta llei reconeix el caràcter principal de l'actuació privada dels progenitors, així com el caràcter supletori de la intervenció de les administracions públiques.

pares en l'educació i formació dels menors.

Arguments biològics, antropològics i econòmics justifiquen també la titularitat de la potestat dels pares sobre els seus fills. Entre pares i fills hi ha un *vinde biològic*, més intens respecte a la mare: els pares són responsables de la vida que han portat al món.²⁵ Des de la sociologia es valoren especialment els *vincles afectius o emocionals* que, normalment encara que no de forma necessària, deriven de la filiació.²⁶ Les *normes socials i morals* del nostre entorn cultural també reforcen la responsabilitat primària dels pares en el manteniment i educació dels seus fills.²⁷

Amb caràcter general, s'admet que els pares són els que es troben en millor posició per exercir les funcions paternofilials per tres motius, els pares són els majors d'edat que més fàcilment voldran els seus fills, l'afecte porta als pares a actuar responsablement respecte als seus fills, l'autonomia dels pares en el desenvolupament d'aquestes funcions els facilita l'atenció dels seus fills i determina un major grau d'implicació en la seva educació.²⁸

Des del punt de vista de *l'anàlisi econòmica* s'ha afirmat que els pares

²⁵ Vid. Margaret F. BRINIG, *From Contract to Covenant: beyond the Law and Economics of the Family Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 115. Per a John EEKELAAR el vinde biològic és el decisiu. La titularitat de la pàtria potestat de la mare deriva del fet del donar a llum i la del pare de la procreació dins el matrimoni. "Parental responsibility: State of Nature or Nature of the State?", 13 *Journal of Social Welfare and Family Law*, June 1991.

²⁶ En supòsits de vida separada dels progenitors, un menor pot establir vincles afectius més forts amb la parella del progenitor amb el que conviu que amb el progenitor amb el que no conviu. Alguns autors defensen que el pare biològic que no ho sigui també psicològic no ha d'ostentar el "estatus" legal de pare. . Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD, Albert J. SOLNIT, *Before the Best Interest of the Child*, 1979, cit. per Elizabeth S. SCOTT, Robert E. SCOTT, "Parents as Fiduciaries", 81 *Virginia Law Review*, 1995, p. 2412.

²⁷ Segons la teoria d'Eric A. POSNER sobre les normes socials, podria dir-se que l'atenció i la cura correcte dels fills, l'assumpció d'aquestes responsabilitats pels progenitors són comportaments propis de la "persona bona o cooperativa" (*good or cooperative type*) l'incompliment dels quals dona lloc a sancions no legals, com la pèrdua de reputació o l'estigmatització. *Law and Social Norms*, Eric A. POSNER, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000.

²⁸ American Law Institute, *Principles of the law of family dissolution: Analysis and Recommendations*, Ira MARK ELLMAN (Chief reporter), Matthew Bender-LexisNexis, Newark, N.J., 2002, p. 4.

prefereixen fills propis,²⁹ a més a més des d'aquest punt de vista pot afegir-se que els pares són els que han realitzat inversions per tenir-los, per la qual cosa ha de ser ells els que es beneficiïn dels rendiments que generen. Els pares són els que, en principi, es troben en millor posició per atendre les necessitats dels seus fills.³⁰

Així doncs, *una de les premisses de la regulació de la potestat és el reconeixement de la seva titularitat als progenitors, així com la seva protecció i la de l'àmbit privat de la vida familiar*³¹, l'autonomia de la qual ha de ser respectada per l'ordenament jurídic, la qual cosa es manifesta en què només excepcionalment es preveu la intervenció judicial [...] quan es tracti d'evitar un dany o perill al nen.³²

Els ordenaments del nostre entorn parteixen d'aquesta mateixa premissa. A títol d'exemple, es poden destacar els informes que s'han elaborat a França amb vista a una reforma en profunditat del dret de família.³³ Aquests

²⁹ Perquè redueixen la incertesa: té més informació sobre la constitució genètica i de les primeres experiències ambientals dels seus propis fills que sobre els fills d'altres persones. Gary S. BECKER, *Tratado sobre la familia*, Alianza Universidad, Madrid, 1987 [traducción de *A Treatise on the family*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1981 por Carlos PERAITA DE GRADO], p. 135.

³⁰ Vid. Elizabeth S. SCOTT, Robert E. SCOTT, "Parents as Fiduciaries", 81 *Virginia Law Review*, 1995, p. 2415. Els pares no són uns educadors fungibles de nens i el vincle entre els pares i els fills té un valor substancial i intrínsec per al fill; la substitució del pare per un altre o l'extinció de la relació suposa un cost considerable per al fill.

³¹ Per això, entenc que potser és exagerat afirmar que "els fills no són propietat dels pares (en cap aspecte) i per tant no s'ostenta sobre ells cap dret". Vid. Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, "Comentario a la STS 24.4.2000", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54-octubre/diciembre 2000, § 1475, p. 1209. L'ordenament espanyol permet afirmar que, en principi, els pares tenen dret a ser titulars de la potestat sobre els seus fills.

³² Vid. Exposició de Motius del Projecte de Llei de Modificació del Codi civil en matèria de filiació, pàtria potestat i règim econòmic del matrimoni, BOCG 15.9.1979, sèrie A, núm. 71-I. Francisco FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, "Discurso ante el pleno del Congreso el día 16-12-1980, al iniciarse el debate del Dictamen de la Comisión de Justicia del mismo sobre el Proyecto de Ley de Reforma del Código civil en materia de filiació, patria potestad y régimen económico matrimonial", *Documentación Jurídica*, núm. 33 a 36, t. I., 1982, p. 715.

³³ L'Informe *Rénover le droit de famille: Propositions pour droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, dirigit per Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, setembre 1999, Primera part. Aquesta idea està desenvolupada en el Capítol II de l'Informe. Assenyala algunes idees que es desprenen dels textos internacionals: el dret del menor a una família, la primacia de la família respecte a les autoritats públiques, socials o judicials, el dret del menor a ser educat pels seus dos progenitors i el dret a de relacionar-se amb altres parents. Aquest

assenyalen la *conveniència de reforçar i revalorar la potestat dels pares per assegurar al menor un equilibri i per assegurar als pares els mitjans per exercir la seva funció*: repercuteix en la millor educació del menor.

A *Itàlia*, la lectura conjunta de l'art. 30 Constitució italiana i de l'art. 147 CC it. permet concloure la funció prioritària dels pares en el desenvolupament de la personalitat dels menors i en la garantia del seu creixement harmoniós en el grup familiar.³⁴ En aquesta mateixa línia, la llei 149/2001, de 28 de març, d'adopció italiana de 2001 estableix que el menor té el dret a créixer i a ser educat en l'àmbit de la pròpia família i concreta que la indigència dels progenitors no pot ser obstacle a què la potestat s'exerceixi al si de la família i que, en aquests casos, cal promoure polítiques d'intervenció i ajuda (art. 1).

1.2 Exercici de la potestat en benefici dels fills

Ara bé, ja s'ha assenyalat que aquest dret primari dels pares a exercir la pàtria potestat sobre els seus fills no és un dret absolut i pot ser restringit o extingit. En aquest sentit, pot assenyalar-se que *una segona premissa és que la potestat dels pares no és només un poder que satisfaci les aspiracions del titular*³⁵ si no que *s'exerceix en benefici dels fills*,³⁶ la qual cosa indubtablement no exclou que se'n derivin beneficis per als propis titulars; aquest sentit

informe, en aquest punt, recull els suggeriments de l' "Informe Théry", *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*. Irène THÉRY, Editions Odile Jacob, París, 1998, p. 190-191.

³⁴ Vid. Giuseppe FABIO DORIA, comentari a la sentència de la Corte de Cassació 7.11.1998, , *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, p. 54. SEDA afirma que l'existència de responsabilitat dels pares implica tant que aquests han d'exercir els deures de la potestat responsablement, com que és la seva responsabilitat (i no d'altres) fer-les servir, "Genitori e figli tra potestà e responsabilità", *Rivista di diritto privato*, 2/2000, p. 230.

³⁵ Encara que no ha de prescindir-se de la realitat que la paternitat ofereix als pare guanys no pecuniàries, com les que deriven de la funció de pare i de la relació paternofamiliar.

³⁶ Una descripció de l'evolució històrica de la institució de la pàtria potestat en el dret espanyol pot trobar-se en Alfonso OTERO, "La patria potestad en el derecho histórico español", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1956, p. 209-241.

permetria apuntar que la potestat dels pares també s'exerceix en el seu propi benefici. S'ha afirmat que és una institució que ha passat d'estar totalment incardinada en el dret privat a estar sotmesa cada cop a més controls públics.³⁷

La dicció literal de l'art. 39 CE que al·ludeix al deure dels pares d'atendre als seus fills configura la titularitat natural que ostenten sobre els seus fills com una potestat i no com un dret. El terme “potestat sobre els fills” implica el reconeixement o l'atribució als pares d'un poder jurídic [dret–deure–funció] que s'exerceix en benefici del subjecte passiu i no del seu titular.³⁸

La legislació sobre menors considera que l'actuació dels titulars de la potestat i dels poders públics ha d'estar regida sempre per l'interès del menor.³⁹ La legislació internacional sobre dret de menors reconeix de forma reiterada que l'interès del menor ha de ser el principi inspirador dels procediments legislatius, administratius i judicials, així com de l'actuació dels titulars de les funcions de protecció dels menors.⁴⁰ L'art. 3.1. CNUDN consagra amb caràcter general i primordial, encara que no exclusiu, el criteri inspirador de l'interès superior del menor.⁴¹

³⁷ Luis Díez PICAZO, “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, 35-1982, p. 5. El mateix autor descriu gràficament la situació com de desconfiança generalitzada contra els pares dolents.

³⁸ Luis Díez-PICAZO; Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil I*, 10^a ed., Tecnos, 2001. p. 407. Entès en aquest sentit el terme potestat i no en el seu sentit comú —domini, poder, jurisdicció o facultat que es té sobre una cosa; *DRAE*— es correspon amb el terme *parental responsibility* que va ser promogut per la Recomanació No. R (84) 4 sobre responsabilitats parentals del Consell d'Europa (adoptada per l'Assemblea de Ministres de 28.2.1984).

³⁹ Art. 2.1 i 11.2.a) LOPM; art. 154.2 CC [exercici de la potestat en benefici dels fills]; art. 133.1 CF; art. 3 LAPIA; art. 5.1 i DA Primera.1 Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció de menors desemparats i de l'adopció (en endavant, LPMA), *DOG*, núm. 1542, de 17 de gener de 1992.

⁴⁰ En la línia del Principi 1r de la Recomanació No. R (84) 4 sobre responsabilitats parentals del Consell d'Europa (adoptada per l'Assemblea de Ministres de 28.2.1984 *que defineix la responsabilitat parental com el conjunt de deures i poders que tenen com a finalitat assegurar el benestar moral i material del menor d'edat*.

⁴¹ També recullen aquest principi la Carta Europea de Drets del Nen (Resolució A 3-0172/92, de 8 de juliol) i la Convenció Europea sobre l'exercici dels Drets del Nen, de 19 d'abril de 1996. Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Ámbito de protección de los menores inmigrantes. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”, *Actualidad Civil*, 24 al 30 de septiembre de 2001.

La doctrina ha destacat el caràcter de la potestat dels pares com a funció social, lluny de la concepció de la potestat com un conjunt de drets dels progenitors sobre els seus fills.⁴²

Òbviament, la consideració de l'interès del menor no suposa necessàriament la ignorància dels altres interessos en la vida del menor i, assenyaladament, a la presa de decisions que concerneixen a la vida familiar a què el menor pertany.⁴³ Així, per exemple, el dret fonamental al desenvolupament de la personalitat que tenen els progenitors i que els permet separar-se judicialment pot implicar un conflicte amb l'interès del menor d'edat a viure amb els seus dos progenitors. Respecte d'això la legislació francesa regula la possibilitat de denegar la petició de separació judicial d'un matrimoni si el cònjuge demandat s'oposa al·legant el perjudici que aquesta decisió pot ocasionar-li ja a ell mateix o ja al fill comú.

En aquest sentit, pot dir-se que el dret dels pares a la potestat sobre els seus fills és un dret fonamental, però de cap manera un dret absolut,⁴⁴ la qual cosa planteja la necessitat de determinar en quins casos el benestar del menor d'edat o el seu interès exigeix la separació dels seus pares i quin tipus de separació correspon en cada cas.

⁴² Rodrigo BERCOVITZ, "Artículos 154-161CC" en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia II*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1984. Un estudi extens -antecedents històrics del dret espanyol i dret comparat- sobre la funció social de la pàtria potestat es troba a José María CASTÁN VÁZQUEZ, "La patria potestad como función en el nuevo derecho de familia", *Documentación Jurídica*, núm. 33 a 36, I, 1982.

⁴³ Marta SALANOVA VILLANUEVA a "El derecho del menor a no ser separado de sus padres", *Derecho Privado y Constitución 7-1995*, p. 239.

⁴⁴ Marta SALANOVA VILLANUEVA en "El derecho del menor a no ser separado de sus padres", *Derecho Privado y Constitución 7-1995*, p. 232.

2. La privació de la potestat dels pares com a mesura de protecció del menor

Abans d'estudiar el règim legal de la privació de la potestat dels pares, i per interpretar-lo adequadament, cal establir el caràcter protector o punitiu d'aquesta institució. En el primer cas, la dada fonamental a l'hora de determinar si correspon privar de la potestat als pares és la situació en què es troba el menor. En el segon, en canvi, té major rellevància la valoració de la conducta dels pares.

Les dues premisses fixades en el punt anterior constitueixen el punt de partida per estudiar la qüestió. La coordinació d'aquests dos principis porta a considerar que la potestat sobre els fills correspon als pares, que poden exercitar-la lliurement, de la forma que considerin més convenient. Ara bé, aquesta llibertat d'exercici, almenys teòricament, ha d'estar presidida per l'interès del menor en el context de l'interès de la família. La intervenció de l'Estat en l'àmbit de l'autonomia familiar està justificada —respecte als menors— per la promoció i protecció dels mateixos. De forma que el fet que l'interès del menor o el seu benestar estigui compromès justifica la intervenció estatal. Però el nivell d'intervenció ha de ser proporcional a la necessitat d'una protecció adequada del menor i ha de tenir en compte que aquesta correspon en primer lloc als titulars de la potestat.

S'ha indicat que l'actuació dels titulars de la potestat i dels poders públics ha d'estar regida sempre per l'interès del menor, la qual cosa conseqüentment ha de predicar-se de la privació de la potestat: és una mesura que ha d'adoptar-se en interès i benefici del propi menor.⁴⁵ El benefici del propi menor ha de ser sempre el fonament de tota intervenció en la intimitat familiar i, per tant, el de la

⁴⁵ Una exposició dels diversos corrents doctrinals sobre el concepte d'interès del menor, així com possibles solucions pràctiques pot trobar-se en el llibre de Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

privació de la potestat dels pares.

En conseqüència, a primera vista destaca el caràcter protector de la privació de la potestat. El judici d'oportunitat o necessitat d'aquesta ha de prescindir de la finalitat de castigar una conducta dels pares, encara que la conseqüència sigui una efectiva privació de drets, atès que els pares perden la titularitat de la potestat.

En aquesta línia, la legislació catalana sobre protecció de menors —art. 6.2 LPMA— inclou la privació de la potestat dels pares com una de les possibles mesures de protecció de menors que les autoritats competents poden sol·licitar al jutge davant una situació de desemparament d'un menor d'edat.⁴⁶

En l'àmbit de la privació de la potestat, tant la jurisprudència del Tribunal Suprem com les sentències de les Audiències Provincials, confirmen l'anterior en destacar de forma reiterada el caràcter protector a què respon l'adopció de la mesura.⁴⁷ Els tribunals que apliquen l'art. 170 CC⁴⁸ ho interpreten de forma restrictiva i estricta, com última *ratio* quan altres mesures són insuficients per protegir adequadament al menor.

Confirma aquesta orientació el fet que l'aplicació jurisprudencial de la privació de la potestat prescindeixi d'un judici d'imputabilitat o culpabilitat en la conducta dels progenitors que dóna lloc a la privació de la potestat, per la qual cosa, almenys en ocasions, la idea de la sanció d'una conducta paterna està

⁴⁶ Encara que no ho digui de forma expressa la llei, s'entén que correspondrà aquesta sol·licitud davant una situació de desemparament, “donada la gravetat de la situació”; s'insereix així la privació de la potestat dins del camp de la protecció del menor. Santiago ESPIAU ESPIAU, “La situación de desamparo y las medidas de protección” en Santiago ESPIAU ESPIAU, Antoni VAQUER ALOY (eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 82. Una altre qüestió és determinar si cal que l'Administració pública recorri a aquesta mesura en els supòsits de desprotecció de menors o si, al contrari, disposa d'altres mesures més flexibles i menys formals per a la seva adopció.

⁴⁷ Només excepcionalment alguna sentència al·ludeix al caràcter sancionador de la mesura per defensar una interpretació restrictiva de la seva aplicació. Vid. per exemple, SAP Barcelona 22.11.1999.

⁴⁸ Article del Codi civil que regula de forma semblant a l'art. 136 CF la privació de la pàtria potestat.

totalment absent en la privació de la potestat.

La major part de la doctrina entén que la privació de la pàtria potestat a un o a ambdós progenitors respon a una finalitat protectora del menor —com tota la legislació del Codi civil respecte d'això— però que, a més a més, té una funció punitiva.⁴⁹ S'entén que amb la privació de la potestat dels pares es protegeixen els interessos del menor però, alhora, es castiga al propi progenitor, per la qual cosa no és exclusivament la protecció de l'interès dels fills el que es pretén amb la privació de la potestat, sinó que “l'ombra de la sanció està també present”.⁵⁰ Per a aquests autors el caràcter punitiu de la privació de la potestat està condicionat per la idea rectora de la legislació del benefici del menor.

Aquesta posició valora escassament els efectes perjudicials que comporta una separació del menor dels seus pares, atès que és una mesura que pot penalitzar en major grau al fill que al propi progenitor, com s'estudiarà més endavant.

Altres autors consideren que la privació de la potestat dels pares té caràcter punitiu i sancionador de la danyosa i perjudicial conducta del pare privat de la potestat vers als seus fills, però matisen aquest caràcter punitiu respecte a la privació de la potestat dictada en procés de nul·litat, separació o divorci.⁵¹ En aquests supòsits, la privació de la potestat no revesteix necessàriament el caràcter de sanció, i defensen que n'hi ha prou que concorrin fets que, sense aquesta categoria desvalorativa, aconsellin la privació de la potestat per evitar ingerències de l'altre progenitor i evitar d'aquesta manera tensions perjudicials

⁴⁹ Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, “La patria potestad” en *El nuevo régimen de la familia* II, Madrid, Civitas, 1982. Manté aquesta mateixa opinió a *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, vol. 2º, 3ª ed., 1989 y 4ª ed., 1997 (§ revisat per Joaquín RAMS ALBESA). Recentment, José Ignacio RUBIO SAN ROMÁN, *Comentarios al Código civil, II-2*, (coord. RAMS ALBESA), Bosch, Barcelona, 2000, p. 1530.

⁵⁰ Ana SEISDEDOS MUIÑO, *La patria potestad dual*, Servicio editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988, p. 358. Reitera la seva opinió sobre el caràcter sancionador a “Comentario a la STS 30.4.1991”, *CCJC*, nº 26, abril-agosto 1991, §691, p. 567-578, , on afirma que l'exclusió del dret de visites que sembla proposar està en relació el “indubtable caràcter sancionador” que la privació de la potestat té per a aquesta autora.

⁵¹ Margarita FUENTE NORIEGA, *La patria potestad compartida en el Código civil español*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 199.

per als fills.⁵² Respecte d'això pot dir-se que hi ha altres mesures d'ordre civil en els supòsits de crisi matrimonial que poden aconseguir la mateixa finalitat — evitar ingerències i tensions perjudicials— sense arribar a l'extrem de la privació de la potestat dels pares.⁵³

El caràcter sancionador de la privació de la potestat dels pares s'ha sostingut tradicionalment sobre la base de l'existència de determinats efectes derivats d'aquesta. En primer lloc, la privació de la potestat és *justa causa per desheretar* (art. 854 i 855 CC: als pares i al cònjuge, respectivament). En segon lloc, segons l'art. 756 CC, són *causa d'indignitat per succeir* determinades conductes que es subsumeixen en la privació de la potestat per causa criminal: “els pares que abandonessin, prostituïssin o corrompessin els seus fills”. Cal sentència en ambdós casos.⁵⁴ En tercer i últim lloc, la privació de la potestat també implica *la pèrdua del dret d'aliments* del privat respecte al seu fill, però no al revés (art. 1524è CC en relació amb l'art. 8541a CC i 271.1 e) CC).

No obstant això, s'ha restat importància a aquests efectes en considerar-los residuals⁵⁵ i en ocasions s'ha rebutjat aplicar la privació de la potestat si el motiu era aconseguir precisament aquests efectes i no concorria a més a més la necessitat de protecció del menor d'edat.⁵⁶

STS, 1a, 26.3.1993, MP Burgos Pérez de Andrade, RJ 1993\2394: “Després de la separació judicial dels seus pares, els dos fills menors d'edat — dels 4 fills del matrimoni— es queden amb la mare i el pare es

⁵² Recull l'autora en aquest punt el parer de RIVERO HERNÁNDEZ, “Comentario art. 92 CC” en *Matrimonio y divorcio: comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del código civil*, J. L. LACRUZ (Coord.), Civitas, Madrid, 1994. En contra Ana SEISDEDOS MUIÑO, *La patria potestad dual*, cit. p. 358.

⁵³ La privació de la potestat dels pares en un procés matrimonial es tracta en el punt 3 d'aquest Capítol.

⁵⁴ José Ignacio RUBIO SAN ROMÁN, *Comentarios al Código civil*, II-2, (coord. RAMS ALBESA), Bosch, Barcelona, 2000, p. 1531.

⁵⁵ Josep FERRER I RIBA, *Comentarios al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 638.

⁵⁶ SAP Cadis 1.3.2000: l'hereu de la mare sol·licita la privació del pare sobre la seva filla —16 anys d'edat— que viu amb la família materna. La sentència no priva de la potestat perquè entén que la privació de la potestat no és una sanció abstracta.

trasllada a viure a una altra CCAA. Després de la mort de la mare, els fills majors d'edat sol·liciten la privació de la potestat del pare sobre l'únic fill que en aquell moment és menor d'edat. No es priva el pare de la potestat sobre els seus dos fills. La SJPI 1.9.1989 al·lega falta de competència i la SAP 14.6.1990 no priva de la potestat. El TS considera que el fill ja ha assolit la majoria d'edat en el moment de la sentència de cassació i, per tant, no es pot privar de la pàtria potestat al pare, amb independència que en altres temps haguessin concorregut o no les circumstàncies que poguessin fonamentar la declaració”.

En efecte, les dues primeres conseqüències difícilment desincentivaran la conducta del progenitor que dóna lloc a la privació de la potestat. La privació de la potestat dels pares es dóna sempre durant la minoria d'edat del seu fill, estadísticament lluny de la seva mort. Quant a la tercera conseqüència tampoc sembla que hagi de tenir especial transcendència real si es té en compte que en la jurisprudència són pràcticament inexistents les reclamacions d'aliments entre parents, fora d'un procés matrimonial.

Finalment, algun autor defensa que la privació de la potestat dels pares ha de tenir com a finalitat exclusivament la protecció del menor i que ha de prescindir totalment del caràcter punitiu amb què en alguna ocasió s'ha aplicat.⁵⁷

M'inclino per considerar que la privació de la potestat dels pares és una mesura de protecció del menor que, en ocasions, implica un judici de desvalor de la conducta dels pares, però que no ho requereix com a element essencial, en la mateixa línia, per tant, de la doctrina que prescindeix del caràcter punitiu de la privació de la potestat. La finalitat de la privació de la potestat dels pares és protegir al menor, de fet ha de ser considerada com una mesura més de protecció del menor, com les que recull el legislador per als supòsits de desemparament.

⁵⁷ Vid. Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, “Comentario a la STS 24.4.2000” cit. Considera que el concepte més actualitzat de la privació de la potestat la contempla com una mesura de protecció del menor José CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, Vol. 1º Familia, Víctor M. GARRIDO DE PALMA (Coordinador), Civitas-Consejo General del Notariado, 2001, p. 815. Defensa aquest mateix autor que la qualificació com a sanció ha pogut tenir la seva utilitat per caracteritzar aquesta mesura com a excepcional i d'interpretació restrictiva. Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 566.

Aquesta és també la tendència que segueixen *altres legislacions europees*. Alguns ordenaments, com l'alemany, tenen una regulació de la privació de la potestat dels pares que destaca expressament el caràcter protector de la mesura i no dóna peu a què se la consideri com una sanció. El codi civil alemany regula de forma unitària la protecció del menor en els supòsits en què el seu benestar es troba en perill, i configura la privació de la potestat dels pares com una de les mesures de protecció que suposen una ingerència de major entitat en l'autonomia familiar, en tant que separa el menor dels seus pares, raó per la qual la seva aplicació ha d'interpretar-se amb criteris restrictius.

En el mateix sentit, la regulació de la privació de la potestat de l'ordenament francès va ser lleugerament modificada l'any 1996 per reforçar el seu caràcter protector. Es va substituir el terme *déchéance* (decaïment, pèrdua d'un dret a títol de sanció)⁵⁸ pel de *retrait* (retirada, suspensió) en la redacció dels art. 378 a 381 CC fr., i es va eliminar la referència als exemples perniciosos derivats de l'alcoholisme.⁵⁹ Encara que es tracta d'un mer canvi terminològic, s'elimina qualsevol referència a una finalitat punitiva d'aquesta mesura.⁶⁰

La doctrina i la jurisprudència italiana actuals destaquen el caràcter protector de la privació de la potestat,⁶¹ encara que hi ha autors que assenyalen el caràcter sancionador de la privació de la potestat dels pares que pressuposa un

⁵⁸ Dictionario *Le Grand Robert*.

⁵⁹ El Codi civil vigent és de l'any 1804 (*Loi du 30 Ventôse an XII*). La Llei francesa núm. 96-604 de 5 de juliol de 1996 va modificar part del Codi civil en matèria de dret de família. La nova reforma de l'any 2002 de la potestat dels pares no ha modificat la regulació del Codi civil francès sobre la privació de l'autoritat parental. Vid. Llei núm. 2002-305 de 4 març 2002 *relative à l'autorité parentale*, *J.O.* N° 54 de 5 Marzo 2002.

⁶⁰ Tot i que hi ha autors que, després de la reforma, fan referència a la vinculació de la privació de la potestat amb la idea de sanció, malgrat ser una institució concebuda per protegir al menor, Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2a ed. Armand Colin/Dalloz, París, 2001, p. 422.

⁶¹ Maristella CERATO, *La potestà dei genitori. I modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 174-177, assenyala que el procediment de privació de la potestat dels pares persegueix com a finalitat remoure la situació de perill per al menor. Assenyala Gabriella AUTORINO STANZIONE que la jurisprudència més recent recolza una interpretació de la regulació de la potestat dels progenitors que no exigeixi la seva culpabilitat sinó la presència d'una situació que objectivament sigui susceptible de provocar un perjudici pel menor d'edat. Vid. *Diritto di Famiglia*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 330-331.

incompliment imputable al progenitor; de forma que si hi ha inimputabilitat de la conducta de què deriva un perill per al menor no correspon la privació de la potestat, sinó la pèrdua de l'exercici, però no de la titularitat, que és un efecte propi de la privació de la potestat.⁶²

3. Tipus de privació de la potestat

3.1 Privació de la potestat parcial o total

L'article 170 CC recull expressament la possibilitat que la privació de la potestat dels pares dictada en sentència judicial sigui total o parcial. En la privació de la potestat dels pares total el progenitor afectat per la mesura perd totes les facultats que comporta la titularitat de la potestat: educar-los, procurar-los una formació integral, tenir-los en la seva companyia, representar-los i administrar els seus béns.

En canvi, en la privació parcial de la potestat dels pares només es veuen afectades algunes de les facultats inherents a la pàtria potestat. Així, per exemple, en els casos en què només es privés de la facultat d'administrar els béns del fill. O fins i tot podrien incloure's en aquest àmbit els casos en què es priva a un progenitor del dret de visites. El legislador alemany distingeix i regula de forma diferenciada els supòsits de privació de la potestat personal dels pares dels casos de privació de la potestat patrimonial (§ 1666a i 1667 BGB).

Malgrat que la possibilitat de la privació parcial de la potestat permetria, segons les circumstàncies del cas, acomodar la mesura a l'interès del menor, en la pràctica els tribunals acostumen a privar totalment de la potestat dels pares sense establir limitacions quant a les facultats dels pares que resulten

⁶² C. Massimo BIANCA, *Diritto civile II, La famiglia – Le successioni*, 3a ed. riveduta e aggiornata, Giuffrè, Roma, 2001, p. 294-295.

afectades. En defecte de precisió respecte d'això ha d'entendre's referida a la seva totalitat.

Algun autor entén que la privació parcial de la potestat dels pares es correspon amb l'anterior figura de la suspensió de l'exercici, en aquests casos el jutge ha de fixar en la sentència l'abast de la privació de la potestat dels pares.⁶³ Entenc que la privació parcial de la potestat ha de posar-se en relació amb la preferència de les mesures de protecció del menor en la pròpia família, o de les mesures de protecció que suposin la menor agressió possible a la funció dels progenitors sempre que siguin adequades i suficients per a l'efectiva protecció al menor d'edat. En aquest sentit podrien considerar-se casos de privació parcial de la potestat aquells supòsits en què l'adequada i suficient protecció del menor exigeix la modalització,⁶⁴ restricció o eliminació del dret de visites.

Ni la privació parcial de la potestat dels pares ni la total impliquen la desaparició dels deures vers els fills que té el progenitor privat de la potestat. L'art. 136.1 *in fine* CF ho recull expressament. Així mateix, la privació total de la potestat és compatible amb el manteniment del dret de visites.

3.2 Privació de la potestat temporal o definitiva

La privació de la potestat en el Codi de família es presenta sempre com una mesura temporal, donada la seva revocabilitat. No obstant això, en la pràctica acostuma a ser una mesura definitiva. Els jutges, per determinar si correspon o no privar de la potestat dels pares tenen en compte que és una mesura que

⁶³ Segons els autors que defensen el caràcter sancionador de la mesura, en la privació parcial de la potestat el jutge estableix els límits de la sanció. Margarita FUENTE NORIEGA, *La patria potestad compartida*, cit., p. 200. En el Capítol IV es tracta la relació entre privació de la pàtria potestat i la suspensió de la potestat derivada de la declaració de desemparament d'un menor d'edat per l'administració pública.

⁶⁴ Aquells supòsits en què l'exercici del dret de visites dels progenitors se sotmet a condicions com ara la presència d'una tercera persona en les visites o la imposició de que es portin a terme en un determinat lloc.

suposarà l'extinció de la relació entre el menor i progenitor privat de la potestat. Malgrat que es prevegi la possibilitat que el progenitor privat de la potestat pot recuperar-la si cessen les causes que van motivar la seva pèrdua, no és freqüent que això succeeixi. Òbviament, la situació és totalment diferent en els casos d'adopció posterior. En aquests casos la privació de la potestat dels pares serà indefinida; encara que pròpiament més que privació, des que hi ha adopció s'extingeix l'anterior potestat art. 158.1.b CF).

En l'àmbit de l'ordenament penal, la privació de la potestat dels pares — inhabilitació per a l'exercici de la potestat— és necessàriament temporal.⁶⁵

⁶⁵ La figura de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat es tracta en el Capítol III d'aquest treball.

Capítol II. La privació de la potestat dels pares en el procés civil.

La privació de la potestat dels titulars de la potestat es declara mitjançant sentència ferma que ha de fonamentar-se en l'incompliment (greu o reiterat, precisa el Codi de família) dels deures que implica la potestat o mitjançant sentència dictada en causa penal o matrimonial.

Per la seva banda, el Codi Penal recull una figura anàloga a la privació de la potestat —la inhabilitació per a l'exercici del dret de la pàtria potestat— com a pena o mesura de protecció davant determinades conductes delictives.⁶⁶ Pot entendre's que en el procés penal la tipificació delimita determinades conductes que impliquen incompliment dels deures inherents a la potestat. Una altra qüestió que es discuteix més endavant és si el jutge penal pot aplicar la figura civil de la privació de la potestat.

Una primera qüestió que suscita la literalitat dels preceptes de la legislació civil és la de determinar si el legislador ha regulat tres causes diferents que permeten privar de la potestat o si ha pretès enunciar una única causa de privació de la potestat dels pares que pot ser apreciada en tres procediments distints: a) Procediment *ad hoc* de privació de la potestat, b) Procediment penal i c) Procediment matrimonial.

L'estudi per separat de les tres causes permet concloure *que només hi ha una causa de privació de la potestat en el procediment civil* (tant en un procés propi en què se sol·licita la privació de la potestat com en un procés matrimonial):

⁶⁶ S'estudia més endavant que el Codi Penal recull la pena accessòria o mesura de protecció de la inhabilitació per a l'exercici de la pàtria potestat, que és més un supòsit de suspensió de la potestat que de privació d'aquesta. O, un supòsit de privació temporal de la potestat, que presenta problemes amb la regulació civil que preveu la recuperació de la potestat "quan hagués cessat la causa que va motivar la privació [de la potestat]" i, segons la regulació penal, la recuperació és automàtica després de l'esgotament del temps per al que ha estat dictada la pena.

l'incompliment *de deures greu o reiterat*. En ambdós processos, el punt de partida per privar és el mateix, encara que el procediment utilitzat present alguna especialitat en la interpretació jurisprudencial. Dit d'una altra manera, la normativa civil referida a les situacions de crisi matrimonial no contempla unes causes pròpies de privació de la potestat.

1. Plantejament de la institució de la privació de la potestat dels pares en el dret comparat

A diferència de la dicció del l'art. 136 CF, *altres ordenaments incorporen expressament en el supòsit de fet que permet la privació de la potestat la posada en perill del benestar del menor*, quelcom que en els nostres ordenaments s'incorpora per interpretació sistemàtica d'aquestes normes, ja que el benefici o interès del menor presideix les normes sobre exercici de la potestat dels pares, com indica l'art. 133.1 CF.⁶⁷

1.1 Itàlia

L'ordenament *italià* és el més semblant als que en aquest treball es tracten més extensament, el del Codi civil i el català. El punt de partida de la legislació italiana sobre la privació de la pàtria potestat és la valoració de la conducta dels pares, tot i que al costat de l'incompliment dels deures paternals es requereix que aquest descuit provoqui un *greu perjudici al fill* (art. 330 CC it.).⁶⁸

⁶⁷ En el punt 2.1 s'analitza amb més detall l'exigència del perill per al menor com a requisit de la privació de la potestat.

⁶⁸ El text actual procedeix del Codi civil de 1942 (RD 30 de març de 1942, n. 318). L'any 1975 es va reformar la part relativa al dret de família, encara que aquesta modificació no va afectar la institució de la privació de la potestat dels pares: només va incloure al costat del concepte de violació o descuit el d'abús dels deures paternals. En opinió de la doctrina italiana aquesta inclusió és supèrflua en tant que la idea d'abús ja està continguda en la de violació. Vid. Michele SESTA, *Trattato di Diritto Privato*, cit. p. 246. En l'actualitat està en fase de discussió parlamentària un projecte de llei que proposa la modificació d'algunes normes relatives a la potestat dels pares: Proposta de llei de 9 de maig 1996, n. 173/1996, "Normes per a la tutela i

Art. 330 CC it.: “El jutge pot decretar la privació de la potestat quan el progenitor viola o descuida els deures inherents a aquesta o abusa dels seus poders amb greu perjudici per al fill. En aquests casos, per motius greus, el jutge pot ordenar l'allunyament del fill del domicili familiar”.

1.2 França

El *Codi civil francès* exigeix també la *posada en perill* de la seguretat, la salut o la moralitat del menor (art. 378-1 CC fr.).⁶⁹

Art. 378-1 CC fr: “En defecte de condemna penal pot privar-se totalment de l'autoritat parental el pare i a la mare que, sigui per maltractaments, sigui per un consum habitual i excessiu de begudes alcohòliques o d'estupefaents, sigui per mala conducta notòria o per comportaments delictius, sigui per falta de mitjans o falta de direcció, posen manifestament en perill la seguretat, salut o moralitat del menor.

També pot privar-se totalment de l'autoritat parental, en els casos en què s'ha adoptat una mesura d'assistència educativa en benefici del menor, als pares que durant més de dos anys s'han abstingut voluntàriament d'exercir els drets i de complir els deures que els imposa l'art. 375-7.

Poden interposar la demanda de privació de l'autoritat parental davant el tribunal de *gran instance* el ministeri públic, un membre de la família o el tutor del menor.

desenvolupament dels subjectes en edat evolutiva” a iniciativa del diputat Calzolaio i altres. Segons l'art. 45 d'aquest projecte, l'art. 332 CC italià estableix que si s'abusa de la funció genitorial, si els deures de l'art. 315 —deures propis de la potestat dels pares— són transgredits o si les condicions de desenvolupament psicofísic del menor són compromeses, el jutge ha d'intervenir per protegir al menor intentant obtenir la col·laboració dels progenitors en la mesura que es proposi. L'art. 46 del projecte recull els possibles pronunciaments judicials sobre la potestat dels pares: intervencions d'assistència i suport a la família; prescripció de determinats comportaments que han d'observar els progenitors amb el menor; subordinar que el menor continuï amb els pares al compliment d'aquestes disposicions; formes d'allunyament del menor dels progenitors, confiant-ho a parents, a tercers o als serveis socials; privació de la potestat; i obertura d'un procediment d'adopció. L'evolució legislativa d'aquest projecte pot localitzar-se en <http://www.parlament.it/att/ddl/home.htm>.

⁶⁹ La causa que justifica la privació de la potestat és que el menor sigio posat en perill. Hugues FULCHIRON, *Droit de la famille*, Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), Dalloz, París, 2001, p. 740.

1.3 Alemanya

L'ordenament *alemany* situa com a element central del supòsit de fet de la privació de la potestat dels pares la posada en perill del benestar del menor (*Gefährdung donis Kindeswohls*), ja per una conducta dels pares o ja per la d'un tercer i, a més a més, precisa que es comprovi la falta de voluntat o de capacitat dels pares per apartar el menor del perill (§§ 1666 i 1666a BGB).⁷⁰

§ 1666 BGB: “En cas de posada en perill del benestar corporal, intel·lectual o moral del nen, o del seu patrimoni, per un exercici abusiu de la potestat, o per abandonament, o per un fracàs involuntari dels pares, o pel comportament d'un tercer, el Tribunal de Família ha d'adoptar les mesures necessàries per apartar el perill, si els pares no volen o no poden fer-ho per ells mateixos”.

§ 1666a BGB: “I. Les mesures que impliquin una separació del menor dels seus pares només poden adoptar-se si el perill no pot evitar-se d'una altra forma, especialment mitjançant ajudes públiques. L'anterior s'aplica igualment quan s'ha de prohibir l'ús de l'habitatge familiar a un dels progenitors de forma provisional o per temps indeterminat. Si s'ha prohibit a un progenitor o a un tercer l'ús de l'habitatge que comparteixen amb el menor o d'un altre habitatge, en la fixació de la durada de la mesura ha de tenir-se en compte si tenen la propietat, un dret de superfície o l'usdefruit del terreny en què l'habitatge es troba; el mateix s'aplica a la propietat de l'habitatge, a un dret real d'habitació, a un dret real sobre l'habitatge, o quan el progenitor o el tercer són arrendataris de l'habitatge. II. Només ha de privar-se de la potestat personal si altres mesures no han tingut èxit o es preveu que seran insuficients per apartar el perill”.

1.4 Holanda

El *codi civil holandès* (*Burgerlijk Wetboek*, en endavant BW)⁷¹ contempla la pèrdua de la potestat per dues vies: la suspensió i la privació de la potestat. Ambdues institucions tenen els mateixos efectes, ja que suposen la pèrdua

⁷⁰ Modificat recentment, Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz - KindRVerbG) Vom 9. April 2002, BGBl. I 1239, que va entrar en vigor l'endemà de la seva publicació.

⁷¹ Burgerlijk Wetboek (WB), modificada la part relativa a la potestat dels pares el 1995 (aquesta reforma va entrar en vigor el 2.11.1995) i el 1997 la part relativa a la filiació i l'adopció (aquesta última reforma va entrar en vigor el 1.4.1998).

total de la potestat i protegeixen tant els interessos dels menors com els de la societat sencera.⁷²

Es diferencien entre si perquè la suspensió prescindeix de la culpabilitat del progenitor. La suspensió de la potestat (art. 266 ss BW) parteix de la incapacitat o inidoneïtat dels progenitors per complir els seus deures respecte als fills i, en principi, no es pot adoptar contra l'oposició del progenitor.⁷³ La privació de la potestat (art. 269 ss BW) requereix, en la major part dels casos, un judici de culpabilitat en la conducta del progenitor que suposa un exercici abusiu de les seves funcions o incompliment de deures culpable.

La regulació del supòsit de fet, tant de la suspensió de la potestat com de la privació no fa referència a la situació en què es troba el menor d'edat. No hi ha cap al·lusió a la situació de perill per al nen o per al seu desenvolupament. S'assenyala, en canvi, en el cas de la suspensió de la potestat que l'adopció d'aquestes mesures no ha de ser contrària a l'interès del menor i, en el cas de la privació de la potestat, l'art. 269 BW exigeix que el punt de partida sigui la necessitat en atenció a l'interès del menor sempre que concorri alguna de les conductes dels progenitors que recull el mateix article, que són:

a) Maltractament o abandonament d'un o més fills.

b) Condemna ferma:

⁷² Flemming MOOS / Arjen WESTERDIJK, en *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch*, Buch 1. Personen- und Familienrecht F. NIEPER, A. S. WESTERDIJK (Red.), C.H. Beck/Kluwer Law International, München /The Hague, 1996, p. xxiv.

⁷³ L'art. 268 BW recull els supòsits en què es pot excepcionar la regla d'exigir-se el consentiment del progenitor:

a) Quan s'han adoptat prèviament les mesures dels art. 254 ss BW —mesures de supervisió que adopta el jutge de tuteles en els casos de greu perill per a la salut o per als interessos morals o psicològics d'un menor d'edat— i aquestes s'han demostrat insuficients per apartar el perill del menor.

b) Quan sigui necessària la suspensió d'un progenitor per evitar la influència de l'altre progenitor que ha estat privat de la potestat.

c) Quan la capacitat intel·lectual del progenitor està tan danyada o disminuïda que no pot manifestar la seva voluntat o no pot captar el significat de la seva declaració.

d) Quan el menor porta més d'un any acollit per una altra família i la permanència en aquesta família és necessària ja que la tornada amb la seva família presumiblement suposarà un desavantatge important per al menor.

b.1.) per participació dolosa en un fet delictiu amb un dels seus fills menors d'edat.

b.2.) per determinats delictes del Codi penal holandès —Títols XIII-XV i XVIII-XX— contra menors d'edat.

b.3.) a una pena de privació de llibertat per temps superior a dos anys.

c) Incompliment de les indicacions rebudes per l'administració relatives a la protecció dels seus fills o impedir el seu acolliment institucional.

d) Existència d'una sospita fonamentada de desatenció dels interessos del seu fill en la reclamació dels pares de l'assumpció de la guarda del menor que prèviament han assumit altres persones.

1.5 Portugal

A diferència d'aquests tres ordenaments europeus, la *legislació portuguesa* té una regulació de la privació de la potestat dels pares que pressuposa, almenys en alguns casos, una concepció punitiva de la institució i que no està condicionada per l'interès del menor.⁷⁴

El Codi civil portuguès regula la privació de la potestat (*inibição ao exercício do poder paternal*) en els art. 1913 a 1917. L'art. 1913 CC port. esmenta les persones que es consideren automàticament privades de la potestat: els *interditos* o *inabilitados* per anomalia psíquica; els absents des del moment del nomenament del curador provisional. L'art. 1915 CC port. recull les causes que permeten privar de la potestat dels pares: l'incompliment culpable dels deures paternofilials que causin un perjudici greu als fills; la inexperiència, malaltia, absència o altres raons que determinin que els pares no estan en condicions de complir els seus deures paternofilials.

⁷⁴ El Codi civil portuguès és de 1966 —Decret Llei núm. 47344/66 de 25 de novembre— i la redacció de la part relativa a la filiació va ser modificada pel Decret Llei núm. 496/77, de 25 de novembre.

1.6 Estats Units d'Amèrica

La regulació dels *ordenaments del Common Law* difereix de la dels ordenaments del nostre entorn (*Civil Law*). Així, per exemple, els ordenaments dels estats que integren *Estats Units d'Amèrica* recullen una enumeració de conductes dels pares que permeten privar-los de la seva potestat sobre els fills (*termination of parental responsibility* o *parental rights*), conductes que *no exigeixen necessàriament que el menor es trobi en perill* o en situació de patir un dany, com ocorre en els casos en què es té en compte el mer transcurs d'un termini del menor en situació d'acolliment. En qualsevol cas, la privació de la potestat dels pares no és automàtica, sinó que el jutge ha de prendre en consideració l'interès del menor en l'adopció d'una mesura d'aquest tipus.

La majoria dels Estats americans recullen les següents causes de privació de la potestat dels pares:⁷⁵ 1) El fet que un menor d'edat hagi estat acollit durant 15 mesos dels últims 22; 2) Abandonament d'un menor pels seus pares; 3) Assassinat pel pare d'un altre fill seu; 4) Homicidi pel pare d'un altre fill seu; 5) Ajudar, incitar, intentar o conspirar en un assassinat o homicidi de l'altre fill; 6) Comissió d'un delictes d'agressions amb resultat de danys greus per al menor o un altre fill.

1.7 Anglaterra

En canvi, en l'ordenament *anglès*, la *Children Act* (1989) *no contempla* de forma expressa *la possibilitat que els pares siguin privats de la responsabilitat paterna* sobre els seus fills.⁷⁶ La *Children Law Act* (1989) parteix del principi

⁷⁵ Pot trobar-se un quadre amb la regulació sobre aquesta matèria de tots els Estats a: <http://www.ncsl.org/statefed/cf/term.cfm?stateselect='ALL'>.

⁷⁶ Assenyala John EEKELAAR que aquesta regulació segueix les directrius de la *Law Commission, Family Law: Review of Child Law: Guardianship*, Law Com. No. 172 (1988), Londres, HMSO que va establir "*the parents should not be deprived of their very parenthood unless and until the child is adopted or freed for adoption*", vid. "Parental responsibility: State of Nature or Nature of the State?", 13 *Journal of Social Welfare and Family Law*, June 1991, p. 43. Així mateix s'ha assenyalat que aquesta regulació sembla respondre a l'interès del legislador anglès de reforçar el caràcter de responsabilitat parental, que continua recaient sobre els

d'intervenció mínima de l'Estat i només preveu la separació del menor dels seus pares com últim recurs.⁷⁷ A Anglaterra i Gal·les, l'única forma per la qual els pares perden la responsabilitat parental sobre els seus fills és en el cas que aquests són adoptats. Amb aquesta única excepció, un cop que un progenitor ha adquirit la responsabilitat parental sobre un fill la conserva fins que el fill assoleix la majoria d'edat.⁷⁸

1.8 Escòcia

En canvi, la *legislació escocesa* admet —Section 11(2)(a) *Children (Scotland) Act* (1995)— la privació de la potestat dels pares. A Escòcia la privació de la pàtria potestat està regulada al costat d'altres possibles resolucions judicials sobre l'exercici dels drets i deures paternofilials que determinades persones poden sol·licitar als tribunals tant en els supòsits de desacords entre les diferents persones que ostenten drets o responsabilitats paternofilials com en els casos en què una persona vol que es fiscalitzi la forma en què es compleixen els deures i drets paternofilials sobre un menor. Per tant, la possibilitat de *sol·licitar la privació de la responsabilitat parental no es posa en relació amb una situació de perill del menor d'edat*, sinó que es recull entre les possibilitats que qualsevol interessat pot sol·licitar a un tribunal i que aquest adopta si ho troba oportú (*as it thinks fit*).⁷⁹ Els pares també perden la

pares, encara que el menor no convisqui amb ells, vid. Michael FREEMAN, "Disputing Children" en *Cross Currents. Family Law and Policy 'in' the United States and England*, edited by Sanford N. KATZ, John EEKELAAR, Mavis MACLEAN, Oxford University Press, New York, 2000, p. 453.

⁷⁷ Vid. Kate STANDLEY, *Family Law*, 3rd ed., Palgrave, New York, 2001, p. 206. Algun autor ha criticat que la legislació anglesa no contempli la possibilitat de privar a un progenitor de la potestat i ha proposat la modificació de la llei anglesa en aquest punt. *Bromley's Family Law*, Nigel LOWE, Gillian DOUGLAS, 9th ed., Butterworths, London, 1998, p. 394.

⁷⁸ *Bromley's Family Law*, Nigel LOWE, Gillian DOUGLAS, 9th ed., Butterworths, London, 1998, p. 346.

⁷⁹ Altres peticions que es regulen en aquest àmbit són: la fixació d'un règim de visites o de guarda, el nomenament d'un administrador del patrimoni del menor d'edat [Section 11 (2)]. El tribunal té un gran marge de decisió per apreciar la capacitat dels pares per complir els seus deures parentals i per exercitar els seus drets, encara que sempre ha de guiar-se pels principis rectors d'aquesta matèria [Section 11 (7) (a) *Children (Scotland) Act* (1995)] que inclouen, entre altres, l'interès superior del menor i que sigui més beneficiosa per al menor d'edat la intervenció judicial a la inactivitat judicial. La legitimació activa per sol·licitar aquestes resolucions judicials

responsabilitat parental en els casos en què el jutge la transfereix a l'administració a sol·licitud d'aquesta en els casos d'abandonament o incapacitat dels pares [Section 86 (2) *Children (Scotland) Act* (1995)]. Però en aquest cas, els progenitors conserven el seu dret a consentir l'adopció del fill respecte del qual se li hi ha privat la potestat [Section 86 (3) *Children (Scotland) Act* (1995)].

2. Privació de la potestat per incompliment de deures inherents a la potestat.

Ja s'ha apuntat que l'incompliment dels deures que comporta la titularitat de la potestat dels pares és el *supòsit de fet comú* de la seva privació, com a mínim en un procediment civil. Després d'una anàlisi de la jurisprudència caldrà assenyalar si també la interpretació judicial del concepte d'incompliment de deures paterns és semblant en els tres processos que s'han comentat —civil *ad hoc*, matrimonial i penal—, a què obeeixen, si escau, les diferències que puguin presentar-se i la seva adequació a la finalitat de la norma.

L'art. 136 CF fonamenta la privació de la potestat dels pares en l'incompliment dels deures, sempre que el dit incompliment tingui el caràcter de *greu* o de *reiterat*. En aquest punt, el legislador català ha incorporat al text legal la interpretació jurisprudencial que s'ha aplicat a l'art. 170 CC,⁸⁰ que es limita a recollir com a causa de privació de la potestat dels pares l'incompliment dels

és molt àmplia però en cap cas inclou a l'administració pública, que té altres vies legals per assumir la responsabilitat parental dels pares: està legitimada qualsevol persona que tingui un interès ostentí o no drets parentals sempre que no hagi estat privada dels mateixos legalment [Section 11 (3) (a)], així com el propi jutge d'ofici —per exemple, en un procés matrimonial o de filiació—. Vid. Elaine E. SUTHERLAND, *Child and Family Law*, T & T Clark, Edinburgh, 1999, p. 198-210.

⁸⁰ La jurisprudència acostuma a exigir la gravetat de l'incompliment. Així, per exemple, la STS, 1a, 5.3.1998, M. P. Fernández-Cid de Temes, RJ 1998\1495, aprecia que hi ha "greu incompliment" i per això correspon la privació de la potestat; o la STSJ Navarra 14.6.1995 recull com a requisits per poder privar de la potestat la presència de "causa greu d'entitat", a més de la necessitat de la mesura.

deures inherents a la potestat sense qualificar el dit incompliment amb vista a una aplicació restrictiva del precepte.⁸¹

En aquest punt es pot criticar la redacció de l'art. 136 CF en tant que prescindeix d'incorporar de forma expressa la referència a la necessitat que el menor es trobi en perill o situació d'arribar a patir-lo. *Seria més adient amb la finalitat principalment protectora de la institució de la privació de la potestat plantejar el supòsit de fet d'aquesta des de la perspectiva de la situació en què es troba un menor* i si aquesta justifica la intervenció de l'Estat i en quina mesura. En la pràctica, la jurisprudència té en compte la situació en què es troba un menor i la finalitat protectora de la privació de la potestat dels pares. Finalitat protectora que teòricament pot exigir o no la presència de perjudici per al menor.

En aquesta part del treball s'analitza si la concurrència d'un dany per al menor és o hauria de ser un requisit per a la privació de la potestat i, tot seguit, quin tipus de perjudici es requereix. En tercer lloc, es tracten els deures paternofiliais l'incompliment dels quals pot donar lloc a la privació de la potestat dels pares. Després s'estudia qui pot ser privat de la potestat i si es requereix que la conducta li sigui imputable. Un cop vistos els requisits i pressupòsits per privar de la potestat dels pares es proposen criteris per apreciar l'existència de causa suficient per privar de la potestat als pares. Després d'aquest estudi, s'exposen les tendències jurisprudencials en l'aplicació d'aquesta institució. Finalment s'aborda la possibilitat de privar de la potestat respecte dels concebuts i no nascuts.

Al llarg del treball caldrà diferenciar dos àmbits en què habitualment es plantegen els supòsits de privació de la potestat perquè, almenys en part, algunes conclusions cal matisar-les segons respecte de qual es prediquin.

En el primer s'inclouen aquells supòsits en què un progenitor demana la privació de la potestat de l'altre —majoritàriament en els casos de crisi

⁸¹ El Dictamen de la Comissió de Justícia i Interior va suprimir el terme greu de la redacció de l'art. 170 CC del projecte de llei de reforma del Codi civil de 1981. (BOE, 12.6.1981).

matrimonial o convivencial—, o que ascendents o altres parents del menor sol·liciten la privació de la potestat d'un o ambdós progenitors.

En el segon es troben aquells casos en què l'administració pública intervé per protegir el menor si aprecia una situació de desemparament.

2.1 Existència de perjudici o risc de patir-lo per al menor

Ja s'ha dit que *l'art. 136 CF no exigeix expressament la presència de dany, o perill d'arribar a patir-lo*, per al menor, a diferència de la majoria dels ordenaments analitzats. Resta per veure si aquesta circumstància té transcendència en l'aplicació dels preceptes esmentats.

La caracterització de la privació de la potestat dels pares com una mesura de protecció indica que ha de respondre a una necessitat de posar remei o prevenir una situació de perill per al desenvolupament del menor.

Abans d'entrar a analitzar la posició de la jurisprudència sobre aquesta qüestió convé assenyalar que la regulació relativa a altres institucions de protecció de menors pressuposa l'existència d'un perjudici o d'un perill per al menor. La intervenció administrativa en els supòsits de declaració de desemparament exigeix que el menor es trobi en una situació de dany o risc. El desemparament d'un menor requereix tant la concurrència d'una causa (l'incompliment o inadequat exercici de la potestat) com un resultat d'aquest (la falta d'assistència).⁸² Així, l'art. 2.2 LPMA que descriu quan un menor està desemparat.⁸³ En qualsevol cas, el desenvolupament adequat del menor està compromès, actual o potencialment.

⁸² Vid. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 29.

⁸³ De forma semblant, l'art. 9.2 RPMA recull una sèrie de factors de risc que justifiquen l'apreciació de desemparament de la què també es dedueix la situació de risc, perill o dany per al menor.

L'aplicació del criteri indicat en el paràgraf anterior i la seva extensió a la privació de la potestat dels pares és coherent amb el CNUDN que, en la seva regulació sobre els casos en què correspon la separació d'un nen dels seus pares, requereix —fora dels supòsits en què els progenitors viuen separats— la presència d'un perjudici o risc. L'art. 9.1 CNUDN⁸⁴ en exemplificar en quins casos podria permetre's la separació d'un fill dels seus pares, contra la voluntat d'aquests, al·ludeix al maltractament o descuit. Es parteix de la base que, en principi, l'interès del menor és estar amb els seus pares i només si s'aprecia dany per al menor es justifica una intervenció estatal per separar-los.⁸⁵

En la pràctica s'aprecien dues línies de decisió judicial respecte a l'exigència de dany o perjudici per al menor com a requisit per aplicar la mesura de la privació de la potestat, segons els pares estiguin separats o no.

2.1.1 Pares separats

En aquest cas cal partir del supòsit que un dels pares ja no conviu amb el menor —hi ha separació sense que el menor d'edat necessàriament es trobi en una situació de risc— i que l'ordenament jurídic té que mantenir-li al progenitor no convivent el nombre més gran possible de les facultats inherents a la pàtria potestat, donat el principi enunciat en el Capítol I que en general allò idoni per al menor d'edat és la convivència amb ambdós progenitors. Si això no és viable, les conseqüències de la ruptura de la convivència entre els progenitors sobre el menor cal que siguin les mínimes per tal d'afavorir l'adequat desenvolupament d'aquest.

Si un progenitor sol·licita que l'altre sigui privat de la potestat, normalment en el context de possibilitar l'adopció pel seu actual cònjuge o parella, no s'exigeix

⁸⁴ Citat en la pàgina 8.

⁸⁵ En aquest sentit apunta Marta SALANOVA VILANOVA que la “separació [d'un menor d'edat dels seus pares] només es justificarà davant supòsits de gravetat contrastada, en els que no càpiga solució alternativa i en el procés d'adopció d'aquesta decisió s'hauran d'observar tot tipus de garanties”. Vid. “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”, *Derecho Privado y Constitución* 7-1995, p. 240.

que la conducta del cònjuge que no ostenta la guarda hagi determinat un dany o perjudici per al menor.⁸⁶ Igualment succeeix si els pares del menor han viscut separats i, a la mort del progenitor que tenia la guarda del menor, els parents d'aquest —pares o germans— demanen la privació de la potestat del sobrevivent per evitar que recuperi la guarda.

De la jurisprudència es dedueix, no obstant això, que es priva de la potestat dels pares, en aquest supòsit, si el jutge aprecia l'elevada probabilitat d'un *perjudici* o dany per al menor *en cas que no es privi* de la potestat al progenitor.

Així, per exemple, podria privar-se de la potestat a un progenitor que, després de molt temps sense mantenir relació amb el seu fill, s'oposa a la seva adopció amb l'únic fi de posar traves a l'actuació de l'altre progenitor. També correspondria la privació de la potestat, després de la separació dels pares, si es considera que el menor ha format uns vincles afectius estables amb la parella del progenitor o amb altres familiars del progenitor al qual consideren com a mare o pare i no privar de la potestat suposaria un perjudici per al menor en destruir aquest referent “patern” estable. La formació d'aquests vincles pressuposarà la major part de les vegades un patent desinterès per part del progenitor no convivent. Si no concorren aquestes circumstàncies o semblants, la pauta de decisió dels tribunals exigeix l'apreciació d'un dany o perill per al menor que derivi de la conducta del progenitor.⁸⁷

Aquest criteri ha trobat ratificació en el Tribunal Europeu de Drets Humans *Cas Söderbäck v. Suècia*, 28.10.1998. El senyor *Söderbäck* era pare d'una nena a qui veia esporàdicament. Posteriorment a la separació dels progenitors, la mare de la nena va contreure matrimoni amb un altre home, que va atendre la nena

⁸⁶ En l'àmbit de les famílies reconstituïdes s'haurien d'arbitrar sistemes que possibilitessin al convivent del progenitor ostentar determinades responsabilitats sobre el menor -derivades justament de la convivència-, que no exigissin l'adopció del menor per la seva banda amb la subsegüent ruptura dels vincles entre el fill i el progenitor no convivent.

⁸⁷ Per exemple, la SAP Saragossa 19.12.2000 (AC 2001\74) no priva de la potestat al pare que no paga la pensió alimentària fixada judicialment perquè no s'ha provat que el manteniment de la potestat del pare sigui perjudicial per al menor. La SAP Lleida 2.6.2000 no priva de la potestat al pare, extoxicòman, que no ha mantingut contactes amb el seu fill des de la separació judicial d'ambdós progenitors.

com ho faria un pare. Aquest últim va sol·licitar la seva adopció davant els tribunals suecs, que van concedir la petició. El pare biològic de la menor va interposar recurs davant el TEDH al·legant que la decisió de concedir l'adopció de la menor d'edat sense el seu consentiment constituïa una violació de l'art. 8 CEDH (dret al respecte de la vida privada i familiar). El TEDH va denegar l'existència de violació de l'art. 8 CEDH en apreciar que les autoritats judicials havien considerat l'escàs contacte entre el demandant i la seva filla, en contrast amb els vincles que el pare adoptiu mantenia tant amb la nena, com amb la seva mare, que era la seva esposa des de feia més de 5 anys, per la qual cosa l'adopció havia consolidat i formalitzat els llaços ja existents. En opinió del Tribunal les autoritats judicials sueques estaven en millor posició per valorar el just equilibri entre els interessos en joc i la decisió no va sobrepassar el marge d'apreciació permès a les autoritats.

La STS, 1a, 23.2.1999, MP Almagro Nosete, RJ 1999\1130: “els pares de la menor se separen quan la mare està embarassada d'ella. Als dos anys de néixer la nena mor la mare, moment en què el pare reclama la guarda de la seva filla i els oncles materns la privació de la potestat del pare sobre la base que durant els dos anys no s'ha preocupat en absolut de la filla, malgrat conèixer que la mare patia una greu malaltia. Es priva el pare de la potestat sobre la seva filla.

STS, 1a, 5.3.1998, MP Fernández-Cid de Temes, RJ 1998\1495: pare que deixa de viure amb la esposa i la filla als pocs mesos de néixer aquesta, des de llavors només ha pagat aliments durant onze mesos, quan la mare els ha reclamat judicialment, i ha proposat a la mare renunciar a la potestat sobre la filla a canvi de no pagar aliments. La nena viu amb la seva mare, que conviu ara amb un altre home i dos fills més i només reconeix com a pare a l'actual parella d'aquella. La mare demanda la privació de la potestat del pare quan la menor té tres anys d'edat. En la contestació a la demanda el pare sol·licita la fixació de visites a favor seu. El TS priva el pare de la potestat sobre la seva filla de 10 anys d'edat.⁸⁸

En ambdós casos la jurisprudència té en compte els vincles afectius que ha desenvolupat el menor durant un temps, sense que en aquest temps el pare a qui es pretén privar de la pàtria potestat s'hagi preocupat pel menor. Aquesta circumstància ha propiciat que el menor només reconegui com a pares a

⁸⁸ La sentència d'instància havia privat de la potestat sobre la seva filla al pare i la sentència de l'Audiència va revocar la d'instància i va privar parcialment el pare de la potestat i va confiar la guarda custòdia i educació a la mare.

aquells amb què conviu el que justifica la privació de la potestat del progenitor, ja que no fer-ho suposaria un dany considerable per al menor. En el primer cas el Tribunal Suprem decreta la privació de la potestat amb excessiu rigor i s'aparta de la doctrina de resolucions anteriors davant casos semblants.⁸⁹ Diversos factors indiquen que no era necessària la privació de la potestat per evitar un perjudici a la menor. La sol·licitud de privació de la potestat es fa quan el nen per la seva edat és força petit —dos anys— i, de forma progressiva, podia refer els vincles amb l'altre progenitor, especialment si es té en compte que la iniciativa del procés —per reclamar la guarda de la menor— ha estat del progenitor a qui es priva de la potestat. En el segon, en canvi, la sol·licitud de visites del pare és una mera resposta a la demanda de privació de la potestat que interposa la mare, previsiblement amb vista a una posterior adopció de la nena per la seva parella actual.

STS, 1a, 9.7.2002, MP Villagómez Rodil, RJ 2002\5905: pare que s'ha desentès del seu fill des que aquest compta amb un mes d'edat, moment en què va cessar la convivència amb l'altre progenitor. El pare reclama visites i la mare contesta sol·licitant la privació de la potestat del pare. El Tribunal Suprem no concedeix la privació perquè, malgrat existir despreocupació i allunyament temporal *no hi ha un perill concret i real* per a la salut psíquica o moral del menor i a més a més la dita mesura no apareix com a útil o beneficiosa per al nen: no es prova que la represa de contactes entre el menor i el seu pare pugui ser un risc per al desenvolupament del menor d'edat.

La STS, 1a, 18.10.1996, MP Barcala Trillo-Figueroa, RJ 1996\7507: parella de fet amb una filla comú. Quan la filla té cinc anys d'edat els progenitors se separen i, des de llavors, el pare s'ha desentès de la seva filla tant afectivament com econòmicament. La mare sol·licita que es privi el pare de la potestat sobre la seva filla perquè no li paga aliments. El Tribunal Suprem no accedeix a la petició perquè considera que la conducta del pare no determina dany o perjudici per a la menor i té en compte en aquesta valoració l'edat de la menor —16 anys— en el moment de la cassació.

La STS, 1a, 11.10.1991, MP Albarcar López, RJ 1991\7447: pare separat de la seva dona reclama la guarda de la seva filla, que des de fa anys ostenten els avis materns d'aquesta; els avis reclamen la privació de la potestat del pare. El Tribunal Suprem defensa una interpretació restrictiva de l'art. 170 CC en requerir que la conducta dels pares posi o pugui posar en perill la formació o educació moral del fill, per això entén que no

⁸⁹ STS, 1a, 11.10.1991, MP Albarcar López, RJ 1991\7447, supòsit de fet *infra*. STS, 1a, 5.10.1987, MP Pérez Gimeno, RJ 1987\6716.

correspon privar els pares pel fet que el menor degut a la separació dels seus pares hagi conviscut durant anys amb els avis materns i que la interrupció temporal en l'exercici de la potestat pels pares no és causa suficient per privar-lo d'aquesta.

La decisió del Tribunal Suprem en aquestes últimes sentències és contrària a la privació de la potestat d'un dels progenitors no simplement perquè no hi ha un perjudici d'entitat que derivi de la conducta d'aquest, sinó també perquè la privació no li va a reportar al menor benefici suficient.

En aquests casos de separació actual o prèvia dels progenitors, els jutges no al·ludeixen al dany o perjudici per al menor que deriva de la conducta d'un progenitor, que per definició no es dona, ja que el fill està degudament atès pel progenitor o pels familiars amb què conviu. Es valoren, en canvi, les possibles conseqüències negatives que el manteniment de la potestat dels pares pot ocasionar al menor. El criteri que regeix l'actuació judicial és la millor protecció de l'interès del menor que, en definitiva, permet apreciar les circumstàncies del cas concret per donar una solució *ad hoc*. L'interès del menor ha d'informar tant la privació de la potestat com el seu manteniment i, en combinació amb la potestat dels pares permet privar d'aquesta si no fer-ho causés un dany o perill al menor. En aquestes situacions la pràctica judicial concedeix la privació de la potestat dels pares amb dificultat, com veurem més endavant.

2.1.2 Pares no separats

No obstant això, fora del cas comentat anteriorment cal que el menor estigui en perill per justificar l'adopció d'una mesura de l'entitat de la privació de la potestat. La jurisprudència ha assenyalat, en aquest sentit, que l'incompliment dels deures dels pares ha de ser *constant, greu i perillós* per poder privar-los de la potestat.

STS, 1a, 24.4.2000, MP Sierra Gil de la Cuesta, RJ 2000\2982: menor que ha estat desatès material i moralment pels seus pares des dels seus primers mesos de vida. Els avis sol·liciten la privació de la potestat d'ambdós progenitors. El Tribunal Suprem confirma les sentències

anteriors que privaren de la potestat a ambdós pares sobre la base del perill o dany que derivava de la desatenció dels seus pares.

En aquesta línia, la STS, 1a, 20.5.1997, MP Sierra Gil de la Cuesta, RJ 1997\3891: mare que demana que se li torni la seva filla de quatre anys d'edat que està vivint amb les seves dues germanes. Els progenitors eren drogoaddictes i la filla des dels seus primers mesos de vida va viure amb les seves tietes maternes perquè els seus pares no l'atenien. Dos anys després tenen un altre fill que en el moment de la demanda té dos anys d'edat, viu amb la seva mare i està correctament atès. Les germanes de la mare, en contestació a la demanda de la mare, sol·liciten que se li privi de la potestat sobre la seva filla de 4 anys. El Tribunal suprem no aprecia causa per privar de la potestat a la mare: encara que hi ha hagut incompliment de deures han canviat les circumstàncies de la mare i el retorn del menor amb aquesta no li va a suposar un perjudici insuperable.

STS, 1a, 31.12.1996, MP Almagro Nosete, RJ 1996\9223: Marit que mata a la seva dona. La guarda del fill comú d'ambdós s'atribueix a una tia materna, que sol·licita la privació de la potestat del pare. El Tribunal Suprem considera que el parricidi que ha comès el progenitor és una *conducta greument lesiva* dels interessos del menor, a més de ser un risc per a la futura educació i formació del menor.

Les sentències citades en els dos apartats precedents recolzen un sistema general de privació de la potestat que exigeix la concurrència d'un perjudici pel menor, que s'aplica amb particularitats en els casos de separació dels progenitors ja que en aquests casos el dany no el causa la situació en què es troba el menor, si no el perill que derivaria de la no privació de la potestat. Com s'ha assenyalat *supra*, derivaria un perjudici clar de la no privació de la potestat del menor.⁹⁰ Entenc que cal procedir amb atenció en aquests supòsits, més si es té en compte que l'ordenament civil compta amb una normativa específica per als supòsits de vida separada dels progenitors (art. 139 CF) i que la privació de la potestat té una finalitat eminentment protectora dels interessos del menor.

En aquest sentit, pot resultar exemplificatiu l'ordenament alemany que regula

⁹⁰ Josep FERRER RIBA presenta aquesta idea des del punt de vista de l'anàlisi cost-benefici: la privació de la potestat no ve determinada només per constatació de l'incompliment sinó pel benefici que pot obtenir el menor per l'adopció de la mesura tenint en compte, al seu torn, els costos —efectes perjudicials— de la privació de la potestat per al menor. *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 637.

de forma independent la privació de la potestat quan està en perill el benestar del menor (§§ 1666 i 1666a BGB) i els supòsits de privació de la potestat dels pares quan els progenitors se separen (§ 1671 BGB).⁹¹ En aquest últim cas, es parteix del principi de potestat conjunta dels progenitors, però es pot sol·licitar l'atribució exclusiva de la potestat —que comporta la privació de la potestat de l'altre— si aquesta mesura es correspon millor amb el benestar del menor.⁹² El que es pretén en aquests casos amb la privació de la potestat dels pares és evitar els riscos i perjudicis que poden derivar-se de la permanència de la potestat conjunta per que es constati falta de capacitat objectiva i disposició subjectiva de cooperació d'ambdós cònjuges.

Si prenem el model alemany i tenim en compte que el nostre ordenament permet l'atribució de l'exercici de la potestat en exclusiva a un dels cònjuges en un procés de separació es pot arribar a l'admissió de la privació de la potestat dels pares en aquests casos només si es derivés un perjudici o dany per al menor de la no adopció d'aquesta mesura de protecció.

Entenc que la presència d'un perjudici o dany per al menor és necessari per poder privar de la potestat als pares, ja derivi el dany de la conducta d'un o

⁹¹ Encara que no es pot desconèixer que una de les causes que motiven aquesta duplicitat legal és la inexistència, en el règim alemany, de la distinció entre exercici i titularitat de la potestat.

⁹² Segons la redacció actual del § 1671 BGB, els pares continuen exercint conjuntament la potestat després de la seva separació, encara que preveu la possibilitat que se sol·liciti la “transferència” de la potestat a un dels progenitors. Anteriorment, segons la SorgeRG 1980, la separació dels progenitors comportava, en principi, l'atribució en exclusiva de la potestat a un dels cònjuges, ja que s'entenia que aquesta solució era la que es corresponia millor amb el benestar del menor. No obstant això, el BVerfG va declarar inconstitucional aquest punt del § 1671 BGB —BVerfGE 61, 358, NJW 1983, 101—: vid. argumentació en Hinz, cit. § 1671, Rn 3, i es va reinterpretar el text del § 1671 BGB a la llum de la sentència del Tribunal Constitucional alemany. El text del § 1671 que va entrar en vigor amb la KindRG simplifica l'anterior i reforça el principi de la potestat conjunta dels progenitors posterior a la seva separació. En els processos de separació i divorci, si els cònjuges no sol·liciten cap mesura sobre els fills menors, es manté la potestat conjunta d'ambdós progenitors. La llei d'enjudiciament civil (ZPO) preveu que el tribunal de família, si els demandants de la separació o divorci tenen fills comuns menors d'edat, ha de comunicar al *Jugendamt* aquestes dades. Aquest d'ofici ha d'informar els cònjuges de les possibilitats de consell sobre la separació o el divorci i sobre les possibilitats per protegir millor el correcte desenvolupament dels menors afectats: Vid. Wolfgang JAEGER en Dieter HENRICH (Herausgeber), *Eherecht*, 3. Auf. Beck, München, 1998, § 1671 Rn 6.

ambdós progenitors o de la no adopció d'aquesta mesura.⁹³ Aquesta idea es pot desprendre al seu torn del caràcter restrictiu en la seva aplicació que prediquen la doctrina i la jurisprudència.⁹⁴ Ha de tenir-se en compte també que la privació de la potestat és una mesura de protecció del menor i que, en conseqüència, en adoptar-se s'ha de tenir compte la repercussió de la conducta que ha donat lloc a l'aplicació d'aquesta en el menor, així com les conseqüències que determinarà en aquest. En qualsevol cas, ha de tenir-se en compte que la privació de la potestat dels pares —com ha assenyalat expressament alguna sentència— “no és una resposta automàtica a manera de sanció abstracta a la conducta indigna dels progenitors [...], no n'hi ha prou la concurrència d'una causa objectiva [...] i s'aplica en els casos de perill per a l'educació i formació dels fills”.⁹⁵

2.2 Tipus de perjudici o dany

Un cop afirmat que la privació de la potestat dels pares exigeix no simplement l'incompliment dels deures inherents a aquesta, sinó també que es derivi de l'incompliment un dany o risc per al menor, cal delimitar el tipus de dany que justifica privar els pares de la seva potestat sobre els seus fills.

L'element central que defineix al dany o perjudici que permet privar de la

⁹³ Sense distingir ambdós supòsits Eduardo SERRÀ ALONSO també considera que la privació de la potestat, encara que no ho indiqui el precepte legal, requereix que l'incompliment posi en perill l'interès personal o patrimonial del menor. “Comentari art. 170 CC”, *Comentario del Código civil*, Tomo 2, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (Presidente y coordinador), Bosch, Barcelona, 2000, p. 468.

⁹⁴ Vid. Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ en *La privación de la patria potestad. (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Editorial práctica de Derecho, Valencia, 2000, p. 75 i la SAP Múrcia 12.1.1999, citada en la mateixa obra p. 68, que recull la necessitat d'apreciar un perjudici que derivi de la conducta dels pares per privar-los de la potestat sobre els seus fills.

⁹⁵ STS, 1a, 24.4.2000, MP Sierra Gil de la Cuesta, RJ 2000\2982. El Tribunal Suprem assenjala que “amb la privació no es tracta de sancionar la conducta dels pares pel que fa a l'incompliment dels seus deures, sinó de defensar els interessos del menor. [...] S'adopta una mesura tan excepcional quan resulti necessari (indispensable) i convenient per a la protecció adequada d'aquests interessos”. STS, 1a, 18.10.1996, MP Barcala Trillo-Figueroa, RJ 1996\7507. El Tribunal Suprem afirma que “la privació [de la potestat] requereix la inobservança d'aquells deures (154 CC) de forma constant, greu i perillosa per al fill”. SAP Saragossa 19.12.2000, F. J. 3r i 4t.

potestat dels pares fa referència al *perill per al desenvolupament de la personalitat del menor* que inclou tant conductes que impedeixin el lliure desenvolupament de la personalitat com que incideixin negativament sobre aquesta.⁹⁶

A més a més, ja s'ha assenyalat anteriorment que la sala primera del Tribunal Suprem exigeix que l'incompliment dels deures paternofiliars sigui *constant, greu i perillós*. Per tant, *el perill per al menor ha de ser de certa entitat* per excloure un o ambdós progenitors de la potestat. És difícil donar un contingut objectiu a aquests conceptes. En la majoria dels casos són les circumstàncies de l'incompliment dels deures inherents a la potestat les que el configuren com greument perjudicial per al desenvolupament del menor. És fàcil eliminar els extrems que exclouen que es requereixi un desistiment absolut de les més elementals regles de conducta o que sigui suficient un perjudici intrascendent.⁹⁷ Les possibilitats que queden entre ambdós extrems són moltes.

Per exemple, les situacions de què dedueix el legislador el desemparament poden considerar-se concrecions de dany per al desenvolupament del menor. Encara que la relació entre la declaració de desemparament i la privació de la potestat es tracta de forma més extensa en el Capítol IV d'aquest treball,⁹⁸ en aquest sembla oportú analitzar la relació del perjudici necessari per privar de la potestat dels pares amb la falta d'elements bàsics per al desenvolupament de la personalitat,⁹⁹ que és el supòsit de fet que permet instar la declaració de desemparament.

El govern català enumera una sèrie de factors de “alt risc social” dels que es

⁹⁶ María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, cit., p. 32.

⁹⁷ Isabel MIRALLES GONZÁLEZ assenyala que seria excessiu exigir un desistiment absolut de deures per poder privar de la potestat. Vid. “Comentario a la STS 24.4.2000”, cit. p. 1210.

⁹⁸ Cal tenir en compte que la privació de la potestat dels pares no requereix una declaració prèvia de desemparament del menor.

⁹⁹ Art. 2 LPMA. En un sentit semblant, l'art. 172.1 II CC relaciona l'abandonament amb l'absència de la necessària assistència moral o material.

dedueix que comprometen el desenvolupament integral del menor de tal forma que es legitima la intervenció estatal:

Art. 9.2. Reglament de Protecció dels menors desemparats i de l'adopció

Es considerarà que hi ha factors d'alt risc social quan en relació al menor concorrin indicis dels supòsits següents, per part dels seus pares, tutors o guardadors:

- a) Que el menor sigui abandonat per part de les persones a les quals per llei correspon exercir les funcions de guarda.
- b) Que s'hagi produït negligència en el compliment de les obligacions alimentàries, d'higiene, salut o educatives del menor.
- c) Que els pares, tutors o guardadors o les persones que convisquin o estiguin relacionades directament amb el menor pateixin una malaltia mental que repercuteixi negativament sobre ell.
- d) Que els pares, tutors o guardadors o les persones que convisquin o estiguin relacionades directament amb el menor siguin drogodependents i repercuteixi negativament sobre ell.
- e) Que s'hagi subministrat al menor substàncies psicotròpiques sense causa mèdica justificada o de qualsevol altra substància tòxica.
- f) Que s'hagi infligit al menor maltractaments físics o psíquics, abusos sexuals, explotació o altres de naturalesa anàloga.
- g) Que no hi hagin vincles afectius o aquests tinguin moltes mancances, per incompliment dels deures de protecció establerts per la llei per a la guarda dels menors per part dels pares, tutors o guardadors.
- h) Que s'indueixi el menor a la mendicitat, a la delinqüència o la prostitució.
- i) Que es doni qualsevol desatenció o imprudència que atempti contra la integritat física i psíquica del menor.
- j) Que es doni una desescolarització reiterada o continuada.
- k) Quan s'aprecii objectivament altres factors que impossibilitin el desenvolupament integral del menor.

Aquests factors il·lustren situacions de risc o dany per a un menor.¹⁰⁰ Aquest

¹⁰⁰ Aurora LÓPEZ AZCONA extreu del conjunt de normes autonòmiques sobre protecció de menors un elenc de supòsits constitutius de desemparament. Vid. "La autorización judicial de

elenc recull situacions que poden comportar un risc o un dany en el desenvolupament d'un menor i per això, si es donen els altres requisits que exigeix la privació de la potestat poden donar lloc a aquesta.¹⁰¹ En la valoració d'aquestes conductes com a causes de privació de la potestat caldrà ponderar la seva entitat, la previsibilitat de permanència, el grau de repercussió negativa en el desenvolupament del menor, així com les expectatives d'eliminar la situació de risc sense necessitat d'apartar al menor dels seus pares.

En qualsevol cas, per a la determinació de les conductes o situacions que posen en perill de forma notòria el desenvolupament d'un menor s'ha de tenir en compte que els pares i la seva situació soci econòmica formen part de les circumstàncies del menor.¹⁰², ¹⁰³ Per tant, justament cal *tenir en compte les*

entrada en ejecución de la declaración de desamparo”, *Aranzadi Civil*, núm. 4, maig 2001, p. 19-22. Assenyala que les causes més freqüents que —amb caràcter exemplificatiu— recullen les legislacions autonòmiques són:

- a) abandonament del menor.
- b) maltractaments físics o psíquics o abusos sexuals del menor per familiars o tercers, produïts bé en el seu àmbit familiar, bé amb el consentiment de la família.
- c) inducció a la mendicitat, delinqüència, prostitució, treball infantil o qualsevol altra forma d'explotació del menor.
- d) trastorn mental greu dels pares, tutors o guardadors que impedeixi el compliment dels deures que els incumbeixen en relació al menor.
- e) drogoaddicció —o alcoholisme— habitual de les persones que integren la unitat familiar i, en particular, dels pares, tutors o guardadors, que perjudiquin el desenvolupament del menor.

A més a més, esmenta també altres supòsits de desemparament que recullen algunes lleis autonòmiques:

- a) inducció, consentiment o tolerància a la drogoaddicció o alcoholisme del menors
- b) absència d'escolarització habitual.
- c) no sol·licitar la recuperació de la guarda un cop desaparegudes les circumstàncies justificatives de l'assumpció d'aquesta per l'Administració.
- d) carència de vincles afectius.
- e) existència d'un entorn sociofamiliar que deteriori o perjudiqui el desenvolupament del menor.
- f) absència de les persones a les que correspongui exercir les funcions de guarda o quan les mateixes es trobin impossibilitades per al seu exercici o en situació d'exercitar-les amb greu perill per al menor.
- g) negligències en el compliment de les obligacions alimentàries, higièniques, de salut i educatives.
- h) incompliment dels deures de protecció —amb risc per a la vida o integritat física o psíquica del menor—.
- i) qualsevol desatenció o imprudència que atempti contra la integritat del menor.

¹⁰¹ De forma simplificada la referència a la concurrència d'altres requisits remet a què no fos adequada per apartar el perill o dany del menor una mesura de protecció de menors de menys intensitat.

¹⁰² La doctrina alemanya parla del “destí” del menor (*Schicksal*). Respecte a la definició d'abandonament que recull l'art. 172.1 CC que fa referència a la “necessària assistència” s'interpreta que aquest concepte s'ha de fixar d'acord amb les circumstàncies personals i

circumstàncies en què viu el menor per valorar si hi ha una situació de perill.

Al seu torn, cal tenir en compte les circumstàncies del propi menor en l'apreciació de l'existència d'un dany. L'existència i entitat del perjudici per al menor guarden relació també amb *l'edat i grau de maduresa d'aquest*.¹⁰⁴

En aquesta mateixa línia, cal assenyalar que la legislació protectora de menors no pot buscar donar la millor de les educacions al menor, perquè ha de combinar-se amb el dret dels pares a l'educació dels propis fills. La funció de l'Estat no és redistribuïdora de menors de famílies necessitades a famílies en millor situació econòmica, ni de recerca de pares òptims.¹⁰⁵ La funció de l'Estat

ambientals del menor, sense que càpiga fixar-se un estàndard abstracte: “estàndard mínimament exigible en funció de l'assistència moral i/o material que normalment reben els menors de la mateixa edat i amb anàlogues condicions psicofísiques, econòmiques, socials i culturals al si de la nostra societat”, segons Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO, *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Editorial S. L., Barcelona, 1996, p. 184.

¹⁰³ Cap ordenament estatal nord-americà preveu la pèrdua dels drets parentals basada en motius exclusivament econòmics: incapacitat econòmica dels pares de proporcionar aliment i vestit als seus fills. Aquests supòsits es reconduïxen en la pràctica a les causes d'abandonament i, de fet, aquesta és la causa més freqüent d'intervenció dels Serveis Socials que determina la separació d'un menor dels seus pares —no, per tant, l'abús de menors—. Vid. Howard DAVIDSON, “Child Protection Policy and Practice at Century's End”, 33 *Family Law Quarterly*, Fall 1999, p. 775.

¹⁰⁴ Vid. Maristella CERATO, *La potestà dei genitori. I modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 162.

¹⁰⁵ En aquest sentit, i per al dret nord-americà, s'afirma que la privació de la potestat fonamentada exclusivament en l'interès del menor, prescindint de la prova que els pares són “inadequats” (*unfitness*) seria inconstitucional. Ira MARK ELLMAN, Paul M. KURTZ, Elizabeth S. SCOTT, *Family Law. Cases, Textos, Problems*, 3rd ed. LEXIS Law Publishing, Virginia, 1998, p. 1347. El cas paradigmàtic en què s'assenyala l'exigència d'un estàndard de prova estricta de la ineptitud dels pares és *Santosky v. Kramer*, 455 US 745 (1982): John Santosky II i Annie Santosky són els pares de cinc menors d'edat. Al novembre de 1973 el Departament de Serveis socials del comtat d'Ulster (Nova York) inicia un procediment de desemparament de la menor Tina —de dos anys d'edat—i se la separa dels seus pares; deu mesos després se separa el menor John —de menys d'un any d'edat en aquest moment— dels seus pares i aquest passa a viure amb una família acollidora. Ambdós presentaven lesions com a magolaments i cremades. En el moment de la separació del menor John, la mare dona a llum un tercer fill, Jed. Als tres dies del seu naixement els Serveis socials ordenen l'ingrés d'aquest últim en un centre d'acollida, en apreciar la necessitat d'evitar un perill per a la seva vida o la seva salut. Al setembre de 1976 els Serveis socials sol·liciten la privació de la potestat dels pares, però el tribunal no accedeix per considerar que s'han de posar més mitjans per intentar la reunificació de la família. A l'octubre de 1978 els Serveis socials tornen a sol·licitar al tribunal de família del comtat la privació de la potestat dels pares sobre els tres menors. El tribunal priva els pares perquè entén que, encara que els pares han mantingut contactes amb els menors, les seves visites han estat superficials i s'ha demostrat la seva incapacitat per fer-se càrrec dels seus fills malgrat possibles ajudes públiques; el tribunal considera també que

és protectora i subsidiària dels pares.

En la delimitació del perjudici rellevant s'han de prendre en consideració tant conductes que causin un *dany actual* com aquelles que comprometin el desenvolupament complet i harmònic de la personalitat del menor.¹⁰⁶

Pot aplicar-se aquí *mutatis mutandis* la doctrina del Tribunal Constitucional que considera que pot haver-hi vulneració del dret d'un menor a la integritat moral (art. 15 CE) si hi ha un *risc rellevant de què la lesió arribi a produir-se*, encara que no s'hagi donat efectivament.

STC 221/02, de 25 de novembre de 2002: “Nena menor d'edat que és adoptada el 1986 amb un any d'edat. El 1994, la Conselleria d'Afers Socials de la Junta d'Andalusia declara el desemparament de la menor i es formalitza l'acolliment familiar sobre aquesta. El A JPI Sevilla 28.6.1994 anul·la la declaració de desemparament i ordena la reinserció de la menor en la seva família adoptiva, Interlocutòria que confirma l'AAP Sevilla 10.4.1995. L'Administració no posa els mitjans adequats perquè la menor torni amb la seva família adoptiva malgrat ser requerida en diverses ocasions. El A JPI Sevilla 19.3.1997 declara d'impossible compliment la reinserció de la menor, després d'explorar-la. L'AAP Sevilla 18.9.1998 revoca la interlocutòria d'instància. En el procediment d'execució de la interlocutòria de l'Audiència, i després de ser escoltada novament la menor d'edat, el JPI Sevilla adopta mesures de protecció de la menor ex art. 158.3 CC per entendre que concorren circumstàncies sobrevingudes que determinen que el retorn de la menor amb la seva família adoptiva és greument danyós, pernicios i contraproductiu per a la seva integritat psíquica, i disposa l'atribució de la guarda del menor a l'Administració. L'AAP Sevilla 3.2.2000 revoca la resolució d'instància. El Tribunal Constitucional anul·la l'AAP Sevilla 3.2.2000 en considerar que ha lesionat

l'interès dels menors exigeix la privació de la potestat. Els pares apel·len la decisió perquè consideren inconstitucional que s'hagi aplicat l'estàndard d'equitativa preponderància de la prova (*preponderance of the evidence*). La Cort d'Apel·lació de Nova York i el Tribunal Suprem de Nova York confirmen la decisió del tribunal d'instància. El Tribunal Suprem americà —ponent Blackmun— anul·la la privació de la potestat i estableix que s'ha d'exigir un estàndard de prova més estricte — criteri de prova clar i convincent — pels interessos en joc. La decisió va ser 5 jutges contra 4. Els jutges Rehnquist, Burger, White i O'Connor van dissentir de l'opinió majoritària del Tribunal. Per a aquests s'hauria d'haver tingut en compte el procés que s'ha seguit abans de la privació definitiva de la potestat —4 anys d'esforços inútils per reunir la família amb un cost de \$15.000— el que justificava que els nens (en aquests moments ja de 7, 5 i 4 anys d'edat) deixessin d'estar acollits per poder ser adoptats.

¹⁰⁶ En la doctrina alemanya destaca aquesta idea Dirk OLZEN, vid. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von Kurt REBMANN, Franz Jürgen SÄCKER, Band VIII, Familienrecht II [§§ 1589-1921; SGB VIII], Dieter SCHWAB (Redakteur), 4. Auf. Beck, München, 2002, § 1666, Rn 49. La doctrina francesa assenyala que el perill ha de ser real, Hugues FULCHIRON, *Droit de la famille*, Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), Dalloz, París, 2001, p. 675.

l'art. 24 CE. El FJ 4 assenyala que “per poder apreciar la vulneració de l'art. 15 CE adduïda [dret fonamental de la menor a la integritat psíquica i moral] no cal que la lesió de la integritat moral s'hagi consumat, sinó que als efectes que el dret invocat es consideri lesionat n'hi ha prou amb què existeixi un risc rellevant de què la lesió pugui arribar a produir-se”.

Tant un perill actual com un perill futur que té la seva causa en una conducta present justifiquen la intervenció judicial. Al contrari, el simple perill pròxim no legitimaria *per se* la intervenció estatal.¹⁰⁷ Així mateix, la constatació d'un perill o dany anterior no determina la privació de la potestat si en el moment de la seva apreciació les circumstàncies han canviat.¹⁰⁸

El dany pot ser d'ordre *físic, moral o psicològic*.¹⁰⁹

Una altra qüestió fa referència al moment de l'apreciació del risc o dany. En els

¹⁰⁷ En aquesta línia, un supòsit que ha plantejat abundant doctrina a Alemanya és el dels Testimonis de Jehovà: la mera pertinença dels pares a aquesta secta no justifica l'adopció de mesures d'intervenció ex § 1666 BGB, fins que no es presenti un perill real per al menor (per exemple: la necessitat d'una transfusió sanguínia). El nostre Tribunal Constitucional s'ha referit a un supòsit semblant, encara que no en seu de privació de la potestat sinó de declaració de desemparament en la STC 260/1994, relativa a pares pertanyents a la secta “Nens de Déu”. L'Audiència Provincial va considerar que la mera pertinença dels pares a aquesta secta i el sistema de vida que comportava no suposava perjudici en el seu desenvolupament als menors i el mateix deduïa de la falta d'escolarització dels menors en escoles homologades per la Generalitat de Catalunya. El TC centra la seva anàlisi exclusivament en el dret dels menors a l'educació i la decisió dels pares de no escolaritzar-los. El TC es limita a assenyalar que la situació escolar dels menors no justifica la seva declaració de desemparament. No entra, no obstant això, en la qualificació diametralment oposada de la prova de les circumstàncies personals dels menors que realitzen el jutjat de Primera instància i l'Audiència Provincial. Joan EGEA FERNÁNDEZ comenta aquesta sentència en “La doctrina constitucional sobre la oposició judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (Sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)”, *Derecho Privado y Constitución*, 5-1995, p. 253-288. La STC 166/1996, de 28 d'octubre, hi ha tractat el tema de les transfusions de sang i els Testimonis de Jehovà, però en relació a una persona major d'edat i denega la vulneració del dret a la llibertat religiosa en la denegació del reintegrament de despeses mèdiques d'una clínica privada que sol·licita el demandant d'empara, a la que ha hagut d'acudir davant la negativa d'un Hospital de la Seguretat Social d'intervenir-li quirúrgicament sense realitzar-li cap transfusió sanguínia. El 1980 el nostre Tribunal Suprem —STS, 1a, 27.2.1980, MP González Alegre y Bernardo, RJ 1980\1012— va resoldre un cas de separació matrimonial de dos Testimonis de Jehovà en què es discutia sobre l'atribució de la guarda de la filla de dos anys d'edat. S'atribueix al pare, que ha deixat de ser Testimoni de Jehovà, en tenir en compte el possible perill que per a la menor podria suposar el viure amb la seva mare en el cas que fos necessari fer-li una transfusió sanguínia. Avui en dia difícilment es pronunciaria el Tribunal Suprem en aquest sentit; en el punt 2.3.c.3) es tracta més extensament aquest tema.

¹⁰⁸ Vid. per exemple la STS, 1a, 20.5.1997: mare que havia estat drogoaddicta.

¹⁰⁹ De forma expressa l'art. 378-1 CC fr. en seu de privació de la potestat al·ludeix al perill per a la seguretat, la salut o la moralitat. Igualment, el § 1666 BGB al·ludeix al benestar corporal, intel·lectual i moral.

casos d'intervenció protectora de l'administració o en els procediments d'adopció normalment serà el moment de la primera intervenció.¹¹⁰

2.3 Deures l'incompliment dels quals és susceptible de donar lloc a la privació de la potestat dels pares. Anàlisi de la jurisprudència per constel·lacions de casos

2.3.1 Tècnica legislativa

Després d'analitzar que el pressupòsit bàsic per poder privar els pares de la potestat és l'existència d'un perill de certa entitat per al desenvolupament integral del menor, ha d'estudiar-se la causa d'aquest perjudici que, segons el 136 CF, és l'incompliment dels deures inherents a la potestat dels pares.

Aquests deures són els que recullen el Codi de família en la regulació de la potestat dels pares —art. 132 a 157 CF— i els concordants que recull la LAPIA.

De forma semblant a altres ordenaments europeus, el Codi de família defineix el supòsit de fet de la privació de la potestat dels pares de forma abstracta —incompliment de deures; perill per al benestar del menor— sense enumerar conductes dels progenitors que permetin privar-los de la potestat.

Altres ordenaments, com el nord-americà¹¹¹ opten per enumerar una sèrie de conductes que, amb el tamís judicial de l'interès del menor, permeten privar-los de la potestat. Aquest sistema ofereix seguretat jurídica, sempre que la discrecionalitat judicial permeti valorar l'oportunitat de la privació de la potestat. No obstant això, no deixa de presentar inconvenients una tipificació de

¹¹⁰ De forma que no s'ha d'aplicar el que es predica de la declaració de desemparament: que el fet que algú vetlli pel menor exclou la possibilitat de desemparament, vid. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, cit., p. 28.

¹¹¹ Vid. punt 1.6 del Capítol II.

conductes en la mesura que podrien quedar fora supòsits que determinin un dany per al menor, la qual cosa donaria lloc a situacions de desprotecció d'un menor d'edat.

2.3.2 Deures en l'àmbit personal: atendre'ls, tenir-los en la seva companyia, educar-los, alimentar-los

Els titulars de la potestat dels pares tenen el deure de:

Tenir cura dels fills, de convivència, d'aliments en el sentit més ampli, d'educació i de formació integral (art. 143.1 CF).

L'incompliment d'aquests deures, segons la seva gravetat o repercussió sobre el desenvolupament de la personalitat del menor, podria donar lloc a la privació de la pàtria potestat.

Ha de tenir-se en compte que, en ocasions, en un mateix supòsit de fet concorren circumstàncies que podrien incloure's en diversos dels apartats precedents.

En aquest grup de causes es fa referència a aquelles conductes o comportaments dels pares que suposen una contravenció dels seus deures com a progenitors en l'àmbit personal com apareixen recollits en la legislació: atendre els fills, deure de convidaure amb ells, d'aliments en sentit ampli, d'educació i de formació integral (art. 143 CF). En l'apreciació de la concurrència de la causa de privació de la potestat dels pares té especial rellevància la constatació que la conducta del progenitor provoca un dany o perjudici per al menor. Aquesta serà la dada rellevant. Hi haurà, en conseqüència, causa de privació de la potestat, si els pares no compleixen el seu deure d'atenció als seus fills i el seu deure alimentar-los.

2.3.2.1 Compliment defectuós del deure vetllar pel menor d'edat

2.3.2.1.1 Falta d'exercici de la potestat dels pares en interès del menor.

Ja s'ha assenyalat que la potestat dels pares ha d'exercir-se en benefici dels menors (art. 133.1 CF). A *contrario*, cal plantejar-se els efectes de l'exercici de la potestat en detriment dels interessos del menor sobre la privació als progenitors d'aquesta.

L'exercici de la potestat sense tenir en compte l'interès del propi menor podria comportar la privació de la potestat. El marge de discrecionalitat dels titulars de la potestat en el seu exercici és enorme i, en conseqüència, també en la determinació del que sigui actuació en interès del menor, concepte jurídic indeterminat que depèn de múltiples factors.

És possible que es plantegin conflictes entre pares i fills que derivin d'ostentar cadascú interessos diferents i contraposats. El legislador català ofereix respecte d'això una solució que té en compte tots els interessos implicats i no confereix una primàcia absoluta a l'interès del menor. L'art. 133 CF estableix que la potestat dels pares s'exercita en benefici dels fills "en el marc de l'interès general de la família". En termes jurídics s'ha assenyalat que l'interès general de la família no és un interès supraindividual, sinó el resultat de la suma dels interessos en joc.¹¹² En termes econòmics, implica donar preferència al criteri d'eficiència de Kaldor-Hicks, segons el qual una solució és eficient si els guanys dels beneficiats són suficients per compensar als perjudicats, encara que en la realitat no es doni aquesta compensació. Aquest criteri permet arribar a donar preferència a algun dels interessos en joc, partint de la base que no ha d'haver-hi una preferència *ex ante* de l'interès dels menors sobre el dels progenitors.¹¹³

¹¹² Encarna ROCA I TRIAS, *Família y cambio social (de la "casa" a la "persona")*, Civitas, Madrid, 1999, p. 80.

¹¹³ Vid. sobre la determinació de l'interès de la família i el criteri Kaldor-Hicks, Fernando GÓMEZ POMAR, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella...*, cit., "Comentari art. 3 CF", III. "Interès de la família com a interès de tots els seus membres", p. 82-84.

En la pràctica, aquestes qüestions només implicaran la privació de la potestat si de la decisió adoptada se'n deriva un perjudici extern observable per un tercer aliè a la família, o si els pares estan separats i és un d'ells el que sol·licita la privació de la potestat del seu progenitor.¹¹⁴ De fet l'arbitrarietat dels pares *versus* discrecionalitat difícilment trobarà resposta en la privació de la potestat si d'aquesta no es deriva un dany per al menor.¹¹⁵

En aquest àmbit, cap també plantejar-se la incidència sobre la titularitat de la potestat dels pares que pogués derivar de la violació dels drets fonamentals que es reconeixen al menor d'edat en la LOPM i la LAPIA. DíEZ-PICAZO va apuntar que la potestat exercida reiteradament sense cap tipus d'audiència constituïa un incompliment dels deures legals en el sentit del 170 CC i que podia donar lloc a qualsevol altre tipus de reclamació.¹¹⁶ El valor de l'opinió del menor ha estat recollit expressament pels art. 9 LOPM i art. 3 LAPIA i es fa dependre del grau de maduresa del propi menor,¹¹⁷ així com de la transcendència del tema.¹¹⁸ El mateix es podria defensar de l'exercici de la potestat amb incompliment del deure d'informar el fill abans de prendre decisions que l'afectin (133.2 CF).

En la pràctica l'incompliment d'aquests deures difícilment donarà lloc a la privació de la potestat dels pares si no concorre un perjudici d'entitat que derivi de l'incompliment. El fet que no correspongui accedir a la privació de la potestat

¹¹⁴ Josep FERRER RIBA, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella...*, cit., "Comentari art. 133 CF", p. 615.

¹¹⁵ Ni una resposta en l'ordenament jurídic. L'ordenament jurídic no arriba a donar resposta a aquests conflictes, vid. María Jesús MORO ALMARAZ / Ignacio SÁNCHEZ CID, *Lecciones de Derecho de Familia*, Colex/Universidad de Salamanca, Madrid/Salamanca, 2002, p. 240.

¹¹⁶ Luis DíEZ-PICAZO, "Notas sobre la reforma del Código civil en material de patria potestad", 35 *ADC* 1982, p. 8. [todo el artículo p. 3-20] També Enrique RAMOS CHAPARRO, "Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional", *Derecho Privado y Constitución* nº 7, 1995, p. 222.

¹¹⁷ L'art. 12 CNUDN reconeix el dret del nen a expressar la seva opinió sobre afers que li afectin i assenyalava que les seves opinions han de ser tingudes en compte segons la seva edat i grau de maduresa.

¹¹⁸ Vid. la STC 154/2002: el TC assenyalava que la negativa del menor d'edat de 13 anys a ser transfós no té eficàcia jurídica, si d'aquesta negativa se segueix un perill per a la vida del propi menor (F.J. 10).

dels pares per aquestes causes no impedeix, òbviament, que se sol·licitin un altre tipus de mesures tuitives dels interessos del menor (ex art. 134 CF).

Ha d'aplicar-se la mateixa solució a aquelles decisions dels titulars de la potestat preses prescindint de la personalitat, inclinacions i aspiracions del menor.

2.3.2.1.2 Maltractaments físics

En aquest àmbit, són supòsits clars de privació de la potestat dels pares els *maltractaments físics o psíquics*. En la pràctica, la majoria dels casos de maltractaments amb conseqüències sobre la potestat dels pares se substancien davant la jurisdicció penal per delictes de violència domèstica o lesions. Hi ha pocs casos a la jurisdicció civil i cap ha arribat al Tribunal Suprem.

Per apreciar els maltractaments com a causa de privació de la potestat cal valorar tant el dret del menor a la integritat psíquica i corporal com, especialment, la repercussió que tenen aquests comportaments en el desenvolupament de la personalitat del menor d'edat.¹¹⁹ Aquesta realitat implica, per exemple, que s'accedeix a la petició de privació de la potestat instada pels avis pels maltractaments d'entitat que ocasionen els seus fills als seus néts.

SAP Toledo 28.9.1992: “els avis paterns demanen la privació de la potestat de la seva jove sobre el seu fill —nét dels demandants— per l'existència de maltractaments susceptibles de posar en perill la integritat corporal i psíquica del menor. L'Audiència Provincial priva els pares. En un altre cas, SAP Granada 10.4.2000, els avis paterns del menor sol·liciten la privació de la potestat d'ambdós progenitors. Se'ls priva davant la constatació de maltractaments físics i desnutrició del menor “que ha viscut una setmana a l'interior d'un vehicle”.

Igualment, si els maltractaments com a causa de privació es discuteixen en un

¹¹⁹ En l'apartat a.5.2.2) del punt 2.3 d'aquest Capítol s'estudia la relació entre el dret de correcció dels pares sobre els seus fills i els maltractaments.

procediment d'adopció, la constitució del qual extingirà la relació paternofilial del menor amb els pares biològics es considera, si hi ha indicis de maltractaments i a més a més es constata una despreocupació dels pares respecte als fills que estan en procés d'adopció - l'abandonament psíquic i material d'un menor o la desnutrició del menor-, que els pares estan sotmesos a una causa de privació i que no es requereix el seu consentiment.

SAP Jaén 26.2.1999: “estima que la mare està sotmesa en causa de privació de la potestat sobre el seu fill de 4 anys d'edat, de pare desconegut. La sentència considera deplorable la situació del menor: l'abandonament físic era patent; era freqüent veure'l deambular tot sol pels carrers, dormint i fins i tot pidolant a la via pública; se li van apreciar signes de maltractaments, amb diversos hematomes, erosions, i fins i tot possibles cremades de cigarrets”.

En el concepte de maltractaments caldria incloure també els supòsits de l'anomenada violència passiva per negligència.¹²⁰ D'aquesta manera, la inactivitat d'un progenitor enfront dels maltractaments que pateix el seu fill, segons la seva entitat, hauria de donar lloc a la privació de la potestat. No s'entra aquí a valorar la participació del progenitor en la causació dels danys, sinó que es té en compte que la conducta d'un tercer danya o posa en perill al menor i el cònjuge no vol o no pot evitar-ho, per exemple perquè continua vivint amb qui maltracta el seu fill.¹²¹

2.3.2.1.3 Maltractaments psíquics

Com ha quedat apuntat en l'apartat anterior, els maltractaments físics porten aparellats amb freqüència danys de caire psíquic com retard psicomotor o dificultats en l'aprenentatge o alteracions de conducta o malalties psiquiàtriques. En aquest sentit és freqüent que en un mateix cas de privació de la potestat s'al·legui la concurrència de maltractaments d'ordre físic i psíquic.

¹²⁰ Un estudi sobre maltractaments a menors realitzat a la Comunitat Valenciana l'any 2000 assenyalava que la mare és la que més maltracta el menor amb violència passiva (60,3%); quan es tracta d'agressió sexual (85%) o física (66%) és el company de la mare el que maltracta. *La Vanguardia*, 27.5.2001.

¹²¹ Aquests casos es plantegen amb freqüència a la jurisdicció *penal*. Com es veurà en la part de dret penal d'aquest treball, amb una certa freqüència es condemna al progenitor com a autor del delictes per comissió per omissió i se li inhabilita per a l'exercici del dret de pàtria potestat.

Però poden derivar-se danys psíquics per a un menor d'altres conductes dels seus progenitors. La mera existència de relacions conflictives entre els cònjuges no es consideren causa de privació de la potestat, en tant no afectin greument el desenvolupament del menor.

SAP Còrdova 29.10.1998: la mare sol·licita la privació de la potestat del pare. La S. JPI priva el pare de la potestat i l'Audiència revoca la sentència perquè considera que les males relacions entre progenitors no revesteixen al caràcter de causa greu i amb entitat suficient per privar de la potestat al pare.

Com s'ha assenyalat anteriorment s'està aquí en el "destí" del menor, que no té dret a una relació harmònica entre els seus progenitors, encara que la mateixa afavoreix un millor desenvolupament del menor d'edat. Només la gravetat de les desavinences que tinguessin una repercussió negativa d'entitat sobre els fills podria arribar a justificar la privació de la potestat dels progenitors.

2.3.2.1.4 Maltractaments a altres membres de la família

En parlar d'incompliment de deures paternofilials no es té en compte tant que s'estigui davant un comportament actiu dels pares respecte als seus fills, com l'existència d'una situació que comporta un dany d'entitat a un menor d'edat. En aquest sentit, cal plantejar-se la transcendència de *comportaments d'un progenitor sobre tercers* respecte a la privació de la potestat. Típicament, els maltractaments al consort o parella. I fins i tot, la possibilitat de privar, en aquest cas, a ambdós si el maltractat decideix continuar convivint amb la seva parella malgrat el perill que pot comportar pel menor.¹²²

L'especial dependència afectiva i biològica dels menors d'edat respecte als seus pares fa que els maltractaments entre els progenitors en presència dels fills puguin provocar seqüeles psíquiques en el menor. D'aquí que aquests comportaments, en funció de la seva gravetat, seran causa de privació de la

¹²² Vid. Maristella CERATO, *La potestà dei genitori. I modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 162. Recull una sentència Trib. min. L'Aquila 7.2.1993, *DFP*, 1994, 1059, que priva de la potestat a la mare per deixar viure al menor en una situació altament perillosa per a la seva integritat física.

potestat del progenitor agressor.

La jurisprudència coincideix a considerar que matar o lesionar a un progenitor és una violació greu dels deures paternofilials, en tant que la comissió d'aquests delictes poden suposar un dany moral i psíquic al menor. El tractament d'aquestes conductes és completament diferent a la jurisdicció penal, ja que el delicte d'homicidi no comporta la possibilitat d'aplicar la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat.¹²³ Els delictes de lesions i els de violència domèstica poden donar lloc a l'aplicació de la pena d'inhabilitació de l'exercici del dret de pàtria potestat.

És doctrina reiterada del Tribunal Suprem que la condemna d'un cònjuge per delicte de *parricidi* és causa de privació de la potestat.¹²⁴

STS, 1a, 31.12.1996, MP Almagro Nosete, RJ 1996\9223.

STS, 1a, 22.7.1994, MP Burgos Pérez de Andrade, RJ 1994\5524. Pare condemnat per un delicte de parricidi de la seva esposa a 24 anys de reclusió major. Se'l priva de la potestat sobre les seves filles en les tres instàncies.

STS, 1a, 20.1.1993, MP Malpica González-Elipe, RJ 1993\478. Pare en presó provisional com a presumpte parricida. L'avi matern demana la privació de la potestat del pare. El Tribunal Suprem assenyala que és suficient per a la privació de la potestat la dada fàctica de què des d'un establiment penitenciari no es pot complir el conjunt integral de les facultats de l'art. 154 CC. Segons la sentència, *la privació s'acorda per incompliment de la funció per impossibilitat física o moral del seu exercici, sense aprofundir en si és o no voluntària.*

En aquests casos, el Tribunal Suprem pren com a dada rellevant per apreciar l'existència de causa de privació de la potestat la condemna per delicte de parricidi.¹²⁵ Fins i tot sembla aquest el criteri quan hi ha només imputació

¹²³ Vid. la part del treball que tracta de la privació de la potestat en un procés penal on s'analitza el Codi penal.

¹²⁴ Poden veure's també les següents sentències de les Audiències Provincials: SAP Madrid 10.5.1991; SAP Barcelona 5.7.1990.

¹²⁵ Vid. també, SAP Madrid 10.5.1991: Pare condemnat per parricidi de l'esposa. L'àvia materna insta la privació de la potestat del pare sobre les tres filles i l'Audiència accedeix a la petició. En un altre cas de parricidi, estableix la SAP Barcelona 5.7.1990 que "no es vetlla pels

d'aquest delictes a un progenitor que per aquest motiu està en presó provisional. Aquest és el supòsit de la STS, 1a, 20.1.1993, MP Malpica González-Elípe, RJ 1993\478 —citada *supra*— en què malgrat que el Tribunal Suprem fonamenta la privació de la potestat en l'empresonament del progenitor, s'intueix que és el tipus de delictes que motiva la presó el que porta al tribunal a privar de la potestat al pare, ja que difícilment serà motiu suficient de privació de la potestat la presó provisional del progenitor, com es veurà més endavant.

En el mateix ordre, el fet que un cònjuge sigui condemnat per un delictes de *lesions a l'altre* que, a més a més, s'han ocasionat en presència dels fills és causa de privació de la pàtria potestat.

SAP Lleida 29.7.1999, AC 1999\1644: maltractaments constants del marit vers a la seva esposa en presència del seu fill a qui ha introduït en ambients de marginalitat freqüentats per ell, i internament en diverses ocasions en Centres Penitenciaris des del naixement del menor. La mare sol·licita la privació del pare per incompliment de deures. L'Audiència confirma la sentència d'instància que priva el pare de la potestat sobre el seu fill.¹²⁶

En canvi, en els casos en què hi hagi una conducta violenta dels progenitors, però aquesta tingui lloc fora de l'àmbit familiar i previsiblement no suposi una risc per al menor d'edat —pel tipus de conducta— no correspondrà la privació ja que no influeix, en principi, en el desenvolupament del menor que ha estat al marge de la conducta. Així, si els *maltractaments o abusos* no recauen sobre el propi menor sinó *sobre un altre menor* no té per què donar lloc a la privació de la potestat dels pares si no hi ha risc que es realitzi també sobre el propi fill.

Així la SAP València 10.2.1999 no priva el pare de la potestat sobre el seu fill, encara que aquell ha estat condemnat com a autor d'un delictes contra la llibertat sexual de dues filles de la seva parella. Entén la sentència que

fills ni se'ls educa i procura donar-los formació integral [...] si es priva per un acte de la voluntat als fills de la pròpia mare sota la potestat de la qual es trobaven”.

¹²⁶ Vid. també SAP Pontevedra 19.1.1998: procés de separació en què la mare demana la privació de la potestat del pare sobre el fill. El pare ha estat condemnat per una falta de lesions causades a l'esposa, dins l'habitatge que habitaven, ocasionant-li contusions múltiples, davant els fills; a més a més, el pare no ha abonat cap quantitat per mantenir els fills. La SAP confirma la privació de la sentència d'instància i estableix que transcorreguts 5 anys les parts poden sol·licitar la revisió de la condemna.

“no és rigorós presumir que actuarà de forma semblant amb qui és fill seu i baró”.

En aquest àmbit es pot plantejar l'extensió *de la privació de la potestat dels pares a tots els fills* menors per conductes del progenitor que afecten exclusivament algun dels seus fills. En principi, el jutge ha de provar l'incompliment perjudicial respecte a cada fill i, per tant, la privació de la potestat sobre un fill no implica automàtica ni necessàriament la privació de la potestat dels pares respecte dels altres menors. En ocasions, no obstant això, la naturalesa de la conducta del progenitor pot permetre deduir un risc de suficient entitat per als altres que la conducta respecte a un d'ells justifiqui la privació de la potestat dels pares de tots els fills.

2.3.2.1.5 Falta d'atenció per part dels progenitors: educació, salut, alimentació

2.3.2.1.5.1 Falta d'atenció respecte del menor d'edat en general: desinterès o desídia

Dins el compliment defectuós de deures s'inclouen també aquells casos que genèricament podrien incloure's sota el terme *desatenció*. Hi ha desatenció quan els progenitors *incompleixen el seu deure d'atendre els seus fills, d'alimentar-los, de tenir-los al seu costat o, si escau, de mantenir contactes — deure de visites— amb ells*. Com fins ara, l'element rellevant per a l'apreciació de la privació de la potestat és la relació d'aquest incompliment amb una situació de risc o perill per al menor.

a) Respecte d'ambdós progenitors

Els supòsits de desatenció referida a ambdós progenitors es presenten habitualment com a causa de privació de la potestat en un procediment d'adopció si s'aprecia una situació de desatenció que implica un seriós perill per al desenvolupament del menor, la qual cosa habitualment s'ha concretat en una declaració de desemparament.

En la pràctica, en aquests casos la privació de la potestat o la declaració que els progenitors estan sotmesos en causa de privació de la pàtria potestat està en funció de les perspectives que els menors siguin efectivament adoptats. L'Administració pública, en absència d'una proposta d'adopció, no acostuma a sol·licitar la privació de la pàtria potestat, perquè aquesta declaració no li afegeix cap benefici en relació a les facultats que ja assumeix en virtut de la suspensió de la pàtria potestat que deriva de la declaració de desemparament.

STS, 1a, 23.9.2002, MP Romero Lorenzo, RJ 2002\7868: pares amb cinc fills menors d'edat. La família té problemes de desestructuració. La mare ha estat alcohòlica. Els pares mostren desídia, negligència i incapacitat per atendre les filles, que presenten un evident retard intel·lectual. La més petita presentava, abans de ser acollida, símptomes de raquitisme i falta d'higiene. Es declara el desemparament de les dues filles majors el 1986 i actualment estan en situació d'acolliment institucional; les dues mitjanes han estat adoptades i la petita és declarada en desemparament i està en situació d'acolliment des de 1989. Els pares sol·liciten la recuperació de la guarda de les dues filles majors el 1995. La SAP Bilbao 26.12.1996 els amplia el règim de vistes al cap de setmana en lloc del dissabte. El TS confirma la SAP en reconèixer que encara que la situació dels pares ha millorat des de la declaració de desemparament (tenen ingressos estables, la mare ha deixat de beure) no n'hi ha prou perquè assumeixin les responsabilitats de la pàtria potestat. En el moment de la SAP Bilbao les dues filles majors tenen 15 i 17 anys d'edat.

Aquesta sentència mostra amb claredat com una mateixa situació familiar dóna lloc a què es consideri als progenitors sotmesos en causa de privació de la pàtria potestat respecte de les tres filles menors perquè entren en un procés d'adopció, mentre que respecte a les dues filles majors de la família, que per la seva edat difícilment seran adoptades, la mesura de protecció es concreta en un internament en un col·legi amb dret de visita dels pares els caps de setmana.

Un cop el menor està sota la tutela legal de l'administració, la desatenció dels pares com a causa de privació de la potestat es concreta en que aquests no han posat els mitjans per mantenir un mínim de relació amb el seu fill —no l'han visitat— o per remoure la causes que van donar lloc a la declaració de desemparament.

SAP Àlaba 26.7.2001, AC 2001\1445: Nen prematur declarat en desemparament a l'hospital al poc de néixer. Durant cinc anys roman en un centre d'acollida; els pares tenen poca capacitat intel·lectual i social; han visitat esporàdicament el fill —han incomplert les visites programades— i han demostrat que no tenen capacitat per a interactuar amb ell. Per evitar la cronificació de l'acolliment residencial s'insta acolliment preadoptiu i s'aprecia que els pares estan sotmesos en causa de privació de la potestat.¹²⁷

En altres casos no hi ha intervenció de l'Administració i els que insten la privació de la potestat són familiars del menor, els tribunals accedeixen a aquesta petició només si aprecien desinterès patent dels pares i és versemblant que es mantingui aquesta situació.

STS, 1a, 24.4.2000, MP Sierra Gil de la Cuesta, RJ 2000\2982: el Tribunal Suprem aprecia com a causa de privació de la potestat la desatenció del menor pels seus pares des dels seus primers mesos de vida.

En canvi, si la desatenció és puntualment i previsiblement temporal no s'aprecia com a causa de privació de la potestat. En aquests casos, la protecció del menor pot efectuar-se mitjançant institucions que no impliquin l'extinció dels vincles paternofilials. El Tribunal Suprem ha considerat que no ha de deduir-se l'existència d'incompliment de deures del fet que la mare descuidi l'atenció de la seva filla de sis anys d'edat per atendre el seu company sentimental greument lesionat en un accident de tràfic.

STS, 1a, 29.3.2001, MP Asís Garrote, RJ 2001\9852: Mare que, amb la seva filla de sis anys d'edat, torna a viure amb els seus pares després de fracassar el seu matrimoni. Posteriorment, la mare viu independentment i confia la guarda de la menor als seus pares al no poder atendre-la ella a causa del seu treball com a cambrera en un hotel. Les relacions de la mare amb els seus pares es deterioren quan aquesta comença a mantenir una relació sentimental amb un company del treball. La menor conviu

¹²⁷ AAP Barcelona 28.12.2001, AC 2002\785: en un procediment d'adopció d'una noia de 15 anys d'edat, es declara a la mare biològica sotmesa a causa de privació, tant perquè ha desatès la seva filla durant els tretze anys que aquesta ha estat en situació d'acolliment, com perquè la mare presenta una important problemàtica de marginació i de delinqüència, fa diversos anys que roman a la presó i que encara li resten diverses condemnes per complir. SAP Madrid 31.10.2000, AC 2000\2389: Menor desemparada, de 15 anys d'edat, que ha iniciat una convivència familiar i ha consolidat una situació preadoptiva. Es considera la mare sotmesa a causa de privació de la potestat per incompliment de les obligacions paternofilials. El mateix menor diu no voler saber res de la seva mare a la que mai veu. SAP Còrdova 24.03.1995: La mare s'ha desentès del seu fill, primer donant-ho en acolliment i després deixant de visitar-li.

alternativament amb els pares de la mare i amb la família del seu actual company sentimental. Arran d'un accident de tràfic en què resulta ferit de gravetat la seva parella i davant l'absència de l'àvia materna de la nena per vacances, la mare sol·licita l'internament de la seva filla en una institució pública; per a això al·lega que no pot atendre adequadament la seva filla per les cures que requereix la seva parella. Els avis materns de la nena demanden la privació de la potestat de la seva filla sobre la nena. Totes les instàncies atorguen la guarda i custòdia de la menor als avis i entenen que no hi ha prova d'incompliment dels deures paternofilials que justifiqui la privació de la potestat de la mare.¹²⁸

b) Respecte del progenitor que no conviu amb el menor

En l'àmbit del desinterès com a causa de privació de la potestat, la valoració del dany o perill per al desenvolupament del menor presenta algunes diferències en els casos en què els progenitors viuen separats i és un d'ells el que sol·licita la privació de l'altre o si l'actual parella d'un d'ells sol·licita l'adopció del fill.¹²⁹

En aquests casos, clarament, l'incompliment de deures ha de referir-se a aquells que conservi el progenitor no convivent, bàsicament deure prestar aliments i de visitar el fill menor d'edat.¹³⁰

Encara que un dels progenitors incompleixi el seu deure d'aliments, si el menor està correctament atès per l'altre no s'aprecia necessitat de privar-lo de la potestat. En alguns casos es fonamenta el manteniment de la potestat en què la seva privació no suposarà al menor cap benefici en relació al compliment del deure d'aliments i es rebutja la privació de la potestat dels pares com a mesura merament punitiva.

Així, per exemple, la SAP Saragossa 19.12.2000 rebutja privar de la

¹²⁸ Vid. comentari d'aquesta sentència de Javier Lete Achirica, "La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de los cónyuges separados o divorciados [Comentario a la TS S 29 Marzo 2001]", *Actualidad Civil*, 764/2001.

¹²⁹ Com s'ha apuntat en el punt 2.1 en establir en ambdós casos la necessitat de perjudici o risc per al menor en el procés de privació de la potestat, amb els matisos que aquí s'indiquen.

¹³⁰ A Alemanya el desinterès (*Gleichgültigkeit*) és una de les causes que permet substituir judicialment la voluntat d'un progenitor en el procés d'adopció del seu fill.

potestat al pare que no paga cap pensió ni visita al fill: encara que sigui reprobable que el pare no pagui, el manteniment de la potestat no és perjudicial per al fill, la mesura no és necessària en funció de l'interès preponderant del fill.¹³¹

En altres casos es considera que si l'incompliment està provocat per l'actitud obstruccionista de l'altre progenitor no correspon privar en faltar la voluntarietat de l'incompliment.

SAP Badajoz 30.6.1999: la mare al·lega el desistiment absolut dels deures paterns per part del pare i sol·licita la privació de la seva potestat sobre la filla comuna extramatrimonial; el pare s'oposa i al·lega que l'incompliment és degut a l'actitud obstruccionista de la mare li impedeix l'accés a la filla. L'AP no priva de la potestat. En la SAP Múrcia 12.1.1999 no es priva de la potestat al pare malgrat que ha incomplert el règim de visites fixat en el conveni regulador perquè es té en compte que la mare s'ha traslladat a viure a una altra ciutat, la qual cosa dificulta les visites del pare. Però, en sentit contrari, la SAP Madrid 30.4.1996 priva de la potestat sense que es consideri justificació pel desinterès del pare que li manquin mitjans econòmics per desplaçar-se a Canàries, on s'ha traslladat la mare amb el fill.¹³²

En qualsevol cas, el desinterès d'un o ambdós pares permetrà si escau la privació de la potestat si com a conseqüència d'aquesta el menor d'edat es troba en una situació de perill i la privació de la potestat és un mitjà adequat i necessari per fer front a aquest perill.

La STS, 1a, 18.10.1996, MP Barcala Trillo-Figueroa, RJ 1996\7507: Parella de fet que té una filla comú el 1980. Als cinc anys se separen i, des d'aquest moment, el pare es desentén de la filla. La mare sol·licita la privació de la potestat del pare. El Tribunal Suprem rebutja la pretensió de privar el pare de la potestat, considera que el fet que el pare s'hagi

¹³¹ En el mateix sentit: SS AP Terol 25.10.2000, AP Lleida 2.2.2000, AP Barcelona 15.9.1999, AP Burgos 26.2.1999, SAP Còrdova 26.5.1999 i SAP Madrid 27.1.1998: encara que la mare hagi estat condemnada per un delictes d'abandonament de família no se li priva de la potestat. La SAP Barcelona 1.10.1997 assenyala que "l'incompliment del pagament de la pensió no determina automàticament la privació [de la potestat]". En sentit contrari, la SAP Àlaba 5.3.1993 priva de la potestat al pare que durant quatre anys no ha mantingut els seus fills malgrat tenir mitjans econòmics, encara que considera que no concorren causes per privar el pare del dret de visites.

¹³² En sentit semblant: SAP Alacant 2.11.1994. De forma semblant, la SAP Múrcia 27.2.1996 en la que l'incompliment dels deures del pare és a causa dels constants canvis de domicili de la mare, per la qual cosa no s'aprecia ànim incumplidor. SAP Àvila 16.11.1995 i SAP Ciudad Real 31.7.1995: incompliment amb origen en les desavinences familiars.

desatès de la seva filla tant afectivament com econòmicament durant cinc anys no és un incompliment dels deures paternofilials constant greu i perillós per al menor. En la valoració de les conseqüències perjudicials que l'incompliment del pare provoca en la filla es té en compte que aquesta ja té 16 anys d'edat.

Es tenen en compte quins han estat les causes a què ha obeït la falta d'atenció per no privar de la potestat; així si han estat les desavinences familiars o si l'incompliment no ha estat a causa de la conducta del progenitor (si el consort o els parents ho han dificultat) no s'acostuma a privar de la potestat.¹³³

En canvi, l'incompliment del deure d'aliments dóna lloc a la privació de la potestat dels pares si, a més a més, concorren circumstàncies de les quals es pot derivar un perjudici per al menor si no es priva de la potestat al progenitor. Bàsicament, aquestes circumstàncies són dos. En primer lloc, si concorre un desinterès patent i, en segon lloc, la protecció de l'interès superior del menor.

Així, es decreta la privació de la potestat dels pares si es prova un *patent desinterès* del progenitor que es presumeix del fet que no hagi comparegut en el judici¹³⁴ o que es trobi en parador desconegut.¹³⁵ El desinterès pot derivar així mateix de la proposta de renunciar a la potestat a canvi de no pagar aliments o de la conformitat amb la privació de la potestat. També s'inclouen en aquest àmbit aquells casos en què el progenitor que no paga el manteniment

¹³³ En la SAP Tarragona 24.2.1992 no es priva de la potestat perquè l'incompliment del pare té el seu origen en la renúncia de la mare, en el moment de la separació, a rebre aliments a favor del fill, a més de tenir-se en compte la situació econòmica precària del pare. STS, 1a, 5.10.1987, MP Pérez Gimeno, RJ 1987\6716: pares que se separen i s'atribueix la guarda del fill a la mare i, en morir aquesta als avis materns. El pare reclama la guarda sobre la menor i els avis sol·liciten la seva privació de la potestat sobre la base que el pare no ha atès la seva filla des que va deixar de viure amb ella. La sentència no priva de la pàtria potestat al pare perquè considera que la seva despreocupació respecte al fill obeïa a les desavinences familiars i que, a més a més, el pare sabia que estava correctament atès.

¹³⁴ SAP Biscaia 31.12.1997. Es priva el pare de la potestat sobre les seves dues filles, que tenen actualment 12 i 9 anys perquè el seu pare no ha tingut relació amb elles des que la major tenia 2 anys d'edat i la menor mesos. Influeix en la resolució —encara que el tribunal assenyala que no hi hagi un nexa de causalitat— el fet que el pare té problemes de drogues i penitenciaris.

¹³⁵ En l'apartat b) d'aquest epígraf es tracten els casos de privació de la potestat per absència d'un progenitor.

del fill està cobrant els subsidis de la S.S. corresponents a aquest.

SAP Sòria 2.9.1996: la mare sol·licita la privació del pare. En primera instància no es priva de la potestat; l'Audiència priva de la potestat a causa de la situació d'abandonament efectiu i material de la filla per part del seu pare, que ha incomplert greument els més elementals deures de vetlla exigibles amb independència d'haver estat privat de llibertat a la presó; s'ha mantingut la situació amb posterioritat a la seva permanència al centre penitenciari. El pare cobrava el subsidi de la SS que corresponia al progenitor amb qui estigués la nena.

Entre les circumstàncies relacionades amb la protecció de l'interès superior del menor cal destacar tant aquells supòsits en què l'oposició d'un progenitor a la privació de la potestat dels pares respon a interessos aliens al fill com aquells en què el menor ha desenvolupat vincles familiars estables¹³⁶ — només reconeix com a pare o mare a la parella del progenitor que sol·licita la privació de la potestat i hi ha hagut incompliment durant temps—, o manifesta el seu desig de no mantenir contactes amb el progenitor.

SAP Cadis 8.10.1999: pare que fa més de 6 anys que no veu la seva filla i que només sol·licita visites com a rèplica a la sol·licitud d'adopció del convivent de la mare.

2.3.2.1.5.2 Incompliment del deure d'educar i de donar una formació integral al menor d'edat

L'incompliment *del deure d'educar i de procurar una formació integral* als fills es considerarà o no causa de privació de la potestat dels pares amb relació als efectes perjudicials sobre el menor. És fàcil deduir els efectes perjudicials de conductes dels progenitors que siguin delictes que ocasionin danys psíquics o físics en el menor d'edat. És més difícil avaluar la posada en perill del desenvolupament del menor per conductes que no són delictes però que produeixen o poden arribar a produir danys a un menor d'edat. Per exemple, és sabut que les crisis matrimonials causen perjudicis —especialment de tipus

¹³⁶ SAP València 12.2.1996: menor de 10 anys d'edat que ha viscut des del seu naixement amb els avis. La mare viu en una altra ciutat i ha format una família i el pare accedeix a la privació de la potestat sol·licitada pels avis.

psicològic i afectiu— en els menors d'edat i no per això poden considerar-se causa de privació de la potestat d'ambdós o d'un dels progenitors. La valoració de la conducta que ocasiona o perjudici com a causa de privació de la potestat exigeix ponderar la seva adequació als principis constitucionals i a l'ordre publico, d'acord amb una interpretació sociològica. Diversos casos del Tribunal Suprem poden il·lustrar el que s'ha dit anteriorment.

STS, 1a, 19.10.1983, MP Albacar López, RJ 1983\5333: Pares, amb una filla comú de tres anys d'edat, el matrimoni dels quals ha estat declarat nul. El marit demanda la suspensió de l'exercici de la guarda de la seva filla per part de la seva mare per l'exemple corruptor que rep per convisque amb un home casat. En primera i en segona instància s'accedeix a la petició del pare i el Tribunal Suprem casa la sentència de l'Audiència Provincial. El Tribunal Suprem considera que no correspon privar de la potestat a la mare ja que el fet que una dona soltera convisqui amb un home casat, encara que reprobable socialment, no és un exemple corruptor d'entitat suficient per privar de la potestat, atenent a una interpretació sociològica de l'art. 170 CC.

STS, 1a, 2.5.1983, MP De Castro García, RJ 1983\2619: priva la mare de la potestat en un procés de separació sobre la base que la causa de la separació —adulteri— és una conducta que posa el perill la formació de la filla menor.

STS, 1a, 26.12.1978, MP Fernández Rodríguez, RJ 1979\332: matrimoni amb un fill comú de vuit anys d'edat que se separa judicialment. Als onze mesos de la separació mor el pare i a l'any de la separació la dona té una filla la paternitat de la qual atribueix a l'excònjuge. El pare del difunt impugna la filiació de la filla i sol·licita la privació de la potestat de la mare del fill comú. Les sentències en les tres instàncies declaren que la menor no és filla del pare mort i priven de la potestat a la mare sobre la base de l'existència d'una sèrie de fets constitutius d'exemples corruptors (*sic*, no consten més dades).

Les dues últimes sentències s'expliquen per la data, que determina l'aplicació al supòsit de fet de la normativa sobre privació de la pàtria potestat anterior a la reforma de la llei 11/1981 de 13 de maig, de modificació del Codi civil en matèria de filiació, pàtria potestat i règim econòmic del matrimoni. La redacció anterior feia referència als exemples corruptors dels progenitors, que es relacionaven amb comportaments dels pares per les seves conseqüències negatives en l'educació del propi fill: així l'adulteri o la vida ignominiosa de la

mare.¹³⁷ Avui en dia la solució que s'imposa és la que recull la primera sentència: els fills tenen els pares que els toquen —amb les seves circumstàncies i mode de vida—. En conseqüència, pot dir-se que la infidelitat conjugal és causa legal de separació dels cònjuges, però no de privació de la potestat.

a) Elecció de sistema educatiu

L'elecció d'un sistema educatiu o un altre pels pares entra dins la seva llibertat per exercir les funcions que comporta la potestat. Així, en la mesura que no es deriva un perjudici per als fills del fet de no assistir a un centre d'ensenyament homologat no pot privar-se per aquest motiu als pares de la potestat. La privació de la potestat dels pares té una finalitat eminentment protectora de l'interès del menor que, en el supòsit de l'educació no requereix una mesura tan agressiva com la que suposa la separació del menor dels seus pares, a menys que se'n derivi l'existència d'un perjudici d'entitat per al desenvolupament del menor de les circumstàncies concurrents al costat de la falta d'escolarització.

SAP Sevilla 13.2.1997 entén que la mare biològica està sotmesa a causa de privació de la potestat i constitueix l'adopció dels seus dos fills menors d'edat. S'al·ludeix a la situació de risc i desatenció en què es trobaven els menors: “hàbitat familiar insalubre, convivint amb adults amb malalties infeccioses sense control mèdic, multitud d'ingressos hospitalaris, sense visites familiars, per malalties derivades d'una atenció negligent, relacions conflictives entre els membres de la família, arribant als maltractaments entre ells, derivades de l'alcoholisme i la toxicomania d'alguns dels mateixos, desescolarització i absentisme, amb el consegüent retard psicopedagògic dels menors, i possible desnutrició per alimentació inadequada i a deshora”.

b) Dret de correcció

¹³⁷ Abans d'aquesta reforma del Codi civil per la llei 11/1981, de 19 de maig, l'art. 171 CC establia:

“Els Tribunals podran privar els pares de la pàtria potestat, o suspendre l'exercici d'aquesta, si tractessin els seus fills amb duresa excessiva, o si els donessin ordres, consells o exemples corruptors. En aquests casos podran així mateix privar els pares total o parcialment de l'usdefruit dels béns del fill, o adoptar les providències que creguin convenientes als interessos d'aquest”.

En el marc del deure d'educació i formació dels seus fills els pares, en tant que titulars naturals de la potestat, poden emprar els tipus i formes d'educació que considerin més convenients, inclosa la facultat de corregir els seus fills.¹³⁸ El nostre ordenament contempla aquesta facultat de correcció i en la seva regulació positiva imposa límits al seu exercici.

El deure d'educar els fills és compatible amb el *dret de correcció* que recull el 143.3 CF —*corregir de manera proporcionada, raonable i moderada, amb total respecte de la seva dignitat i sense imposar-li mai sancions humiliants ni que atemptin contra els seus drets*—. La regulació positiva de la facultat de correcció dels pares indica que aquesta ha de ser adequada a la funció a què respon la potestat: afavorir el desenvolupament integral de la personalitat del menor.

És difícil establir els límits del que s'ha de considerar moderat i/o raonable. El dret de corregir moderada i raonablement té un contingut indeterminat i, fonamentalment, un contingut no jurídic. Com altres normes de dret de família, la regulació tant del contingut de drets i deures de la potestat dels pares com del dret de correcció és programàtica, amb més contingut social que normatiu.¹³⁹ De fet, l'extralimitació en l'exercici del dret de correcció poques vegades sortirà de l'àmbit de la intimitat familiar, excepte en els casos de desavinences familiars o si es produeixen lesions.

En el mateix sentit, altres ordenaments admeten en la facultat d'educar dels pares un àmbit de correcció sempre moderat amb una fórmula o una altra. Als Estats Units d'Amèrica, com a regla general, s'admet que els pares poden corregir els seus fills amb càstigs corporals raonables, sempre que la finalitat

¹³⁸ El Diccionari de la RAE defineix “corregir”, en la seva segona entrada, com advertir, amonestar, reprendre.

¹³⁹ Pablo SALVADOR CODERCH; Juan Antonio RUIZ GARCÍA, “Comentari art. 1 CF” en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella...*, cit., p. 45-46. Assenyalen que el contingut concret dels deures rellevants en l'àmbit de les relacions entre home i dones continuen depenent d'una construcció social. Malgrat les diferències existents entre les relacions matrimonials i les paternofiliars es pot aplicar a aquestes últimes la teoria de la *regulació jurídica parcial*.

de la correcció sigui educativa.¹⁴⁰ La conducta dels pares en aquests casos està emparat pel *Common Law Parental Privilege*.¹⁴¹ De forma semblant al que succeeix amb el nostre ordenament, el problema rau en determinar la raonabilitat del càstig.¹⁴² Per a això es tenen en compte determinades circumstàncies com la bona fe dels pares, la seva intenció educativa i la cultura a què pertanyen; la valoració del càstig corporal dependrà de l'edat, sexe i característiques del menor, així com de la capacitat del fill d'apreciar la correcció i el seu valor educatiu.¹⁴³

El Codi civil alemany recull expressament que els menors tenen dret a ser educats sense l'ús de la força i que no se'ls poden imposar càstigs corporals o mesures degradants.¹⁴⁴ També la doctrina alemanya admet la possibilitat de

¹⁴⁰ Així, per exemple, algun Estat nord-americà admet els càstigs si tenen una finalitat educativa. Vid. § 20-7-490 (3) (a) Code of Laws of South Carolina Annotated.

¹⁴¹ Es fa referència al *Common Law Parental Privilege*: Restatement of the Law 2nd, Torts (1965), §§ 147-151. El Restatement explicita que es concedeix aquest privilegi als pares en benefici del fill i amb la finalitat que puguin educar correctament el seu fill. En l'àmbit del dret de família, és difícil establir un estàndard general que limiti la facultat de correcció dels pares, o sigui, que limiti l'aplicació del privilegi familiar que recull el Restatement i s'ha assenyalat que qualsevol estàndard hauria de reconèixer les diferències culturals i personals quant a l'educació dels fills, vid. Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, p. 214. Aquí no s'analitza la responsabilitat civil dels pares pels danys causats als seus fills en l'àmbit de la relació paternofamiliar, per excedir l'àmbit d'aquest estudi; sobre aquesta qüestió vid. Josep FERRER RIBA, "Relacions familiars i dret de danys", *InDret*, 4-2001; els tribunals americans han rebutjat l'apreciació de responsabilitat sobre la base que implicaria que els tribunals fixessin els estàndards d'actuació dels pares en l'educació dels seus fills, la qual cosa xoca amb el principi d'intervenció mínima de l'Estat en l'àmbit de la família, vid. John SEYMOUR, *Childbirth and the Law*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 279.

¹⁴² Algun autor nord-americà ha entès que els ordenaments estatals no haurien de fer referència al concepte de càstig raonable per ser un adjectiu excessivament inconcret i proposa que la llei enumeri una sèrie de conductes (sense el caràcter d'una enumeració exhaustiva) que han de considerar-se abús tot i que es donin amb ànim de correcció: copejar un nen de menys de tres anys d'edat; llançar-ho, donar-li cops de peu, infligir-li cremades, mossegar-ho o fer-li talls; copejar amb el puny tancat, privar durant temps de menjar, aigua o medicació; qualsevol acció que pogués causar la mort, dany físic, desfigurament, dany greu o greu angoixa mental o degradació; o causar torcements o dislocacions d'ossos, o fractures d'ossos o cranials; o danys cerebrals o a la medul·la espinal. Howard DAVIDSON, "Child Protection Policy and Practice at Century's End", , 33 *Family Law Quarterly*, Fall 1999, p. 776.

¹⁴³ Robert H. MNOOKIN entén que si el menor d'edat no té capacitat per comprendre el valor educatiu del càstig, la conducta del progenitor no està emparada pel *parental privilege* i recull com a exemple un cas anglès en el que el pare copeja entre sis i dotze vegades a la seva filla de dos anys i mig amb una corretja, vid. MNOOKIN Robert H. /WEISBERG, Kelly D. *Child, Family and State*, 2nd. ed. Little, Brown and Company, Boston, 1989, p. 270.

¹⁴⁴ El § 1631.2 BGB ha estat modificat recentment per explicitar, en el sentit indicat en el text, que les mesures educatives degradants no estan admeses. *Gesetz zur Ächtung der Gewalt in*

castigar els fills si respon a una finalitat educativa, per la qual cosa els pares deixen d'estar legitimats quan la duresa o la freqüència dels càstigs determinen un dany al menor. Igual que la doctrina americana, s'entén que l'edat del menor influeix en la qualificació i s'assenyala que, en general, no són adequats els càstigs a nens gaire petits ni a adolescents (14-18 anys).¹⁴⁵ La jurisprudència italiana ha admès la facultat de correcció però ha negat licitud a l'ús de la violència amb una finalitat educativa, donada la primacia que l'ordenament jurídic concedeix a la dignitat de la persona humana.¹⁴⁶

Aquests criteris per enjudiciar la legalitat de l'exercici del dret de correcció es poden traslladar al dret espanyol. En el pla legal, la *raonabilitat* de la correcció exclou clarament conductes que podrien tipificar-se com a delictes i, de forma més general, exclou aquelles que impliquen violència i les que posarien en perill un adequat desenvolupament de la personalitat del menor d'edat. Les circumstàncies personals del menor d'edat —edat, sexe— influeixen en la seva capacitat d'apreciar el valor correctiu del càstig així com en les repercussions d'aquest en el desenvolupament psíquic i físic del menor.

SAP Alacant 28.5.2001, ARP 2001\355: Pare amb un trastorn de conducta que dóna una mastegot a la cara i un cop al pit a la seva filla de 3 mesos d'edat i li produeix equimosi en regió pectoral dreta amb erosió circumdant al·lega que pretenia castigar-la perquè plorava. Mesos abans li havia

der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts, 2.11.2000, BGBl I, p. 1479 ss. Aquesta modificació va entrar en vigor el 8.11.2000. La doctrina ha assenyalat que el dret que recull la nova versió del § 1631.2.I BGB més que atorgar la possibilitat als menors d'edat de reclamar judicialment una educació sense ús de la força, és una crida de conscienciació social. De fet la conseqüència de l'incompliment del § 1631.2 BGB no implicarà la intervenció automàtica de l'Estat ex § 1666 BGB, sinó que s'hauran de donar les condicions per a la seva aplicació. Peter HUBER, *Münchener Kommentar*, B. 8-II, 4. Auf. cit, § 1631, Rn 30.

¹⁴⁵ Michael COESTER, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen IV*, Familienrecht, 13. Auf. Bearb. 2000, § 1666, Rn 94, 95. La resolució del BayObLG 27.5.1993 confirma la resolució provisional de privar de la facultat de determinar el domicili d'una menor de 13 anys d'edat a la seva mare, titular única de la potestat, perquè aquesta li infligeix càstigs corporals desproporcionats: mitjançant el comportament de la mare es veu greument danyat tant el benestar corporal com psíquic de la menor. El tribunal entén que mesures menys rigoroses que una separació de mare i filla no es poden acordar en aquest cas, ja que la mare ha rebutjat expressament qualsevol cooperació amb l'administració pública (*Jugendamt*). El mateix supòsit de fet, però d'una noia de 15 anys, recull la resolució del BayObLG 19.8.1992: aquí es priva de la totalitat de la potestat personal inclòs el poder de representació. *FamRZ* 1993, 229.

¹⁴⁶ Vid. Sentència de Cassació penal, 16.5.1996.

fracturat el fèmur i el crani. Entén la sentència que la conducta del pare “no és més que l'exercici gratuït de la violència sobre la seva filla recent nascuda [...] que no té res a veure amb la facultat de correcció contemplada en l'article 154 CC”. La conducta constitueix una falta de maltractament d'obra sense causar lesió (art. 617.2 CP).

SAP La Corunya 14.4.1998, ARP 1998\2146: mare que dona una bufetada a la seva filla de 17 anys d'edat en el curs d'una discussió sense causar-li ferides. Se la condemna per una falta de maltractament d'obra sense lesions a la pena de multa de 10 dies amb una quota de 200 ptes. diàries. La poca entitat del maltractament justifica la pena però no la falta de responsabilitat penal de la mare, ja que “el dret-deure de correcció dels pares no pot emparar cap classe de violència i menys quan l'edat dels fills és tal que no sols converteix qualsevol reacció física violenta en contraproductent”.

La licitud d'una mesura de correcció adoptada pels pares requereix que concorri una finalitat educativa i que sigui d'acord amb l'interès del menor. En tant que s'aparti d'aquesta funció pot constituir un abús de poder dels pares, que ha de ser limitat si produeix un perjudici en el menor i pot donar lloc a la privació de la potestat dels pares.¹⁴⁷ Així, un mastegot com a càstig podria entrar dins allò raonable segons el grau de maduresa del menor d'edat, en canvi fer cremades amb un cigarret a un menor d'edat no.

En la pràctica els casos de falta de moderació en l'exercici del dret de correcció són pocs en un procés civil. En l'àmbit penal és més freqüent trobar casos de delictes de lesions causats en l'exercici del dret de correcció,¹⁴⁸ o casos de faltes de maltractament d'obra que no causen lesió, també en l'exercici del dret de correcció.

¹⁴⁷ José M^a CASTÁN VÁZQUEZ, “Comentario art. 154 CC”, *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 548. Igualment, Joaquín RAMS ALBESA [sobre obra de Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA], en AA.VV., *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 4^a ed, Bosch, 1997, p. 588. Més recentement, María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, “Comentario art. 154 CC”, en *Comentarios al Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coordinador), cit., p. 271.

¹⁴⁸ Vid. Capítol III del treball, “La potestat en el procés penal”. STS, 2a, 30.5.2001, MP Bacigalupo Zapater, RJ 2001\6359: pare que copeja el seu fill de nou mesos d'edat perquè no vol berenar i li fractura el fèmur dret. STS, 2a, 5.3.2001, MP Jiménez Villarejo, RJ 2001\1304: pare que copeja el seu fill de 13 mesos d'edat contra el llit perquè no s'adorm i li causa sang a les genives; un altre cop ho deixa al sòl en una habitació buida a les fosques durant 15 minuts. STS, 2a, 26.6.2000, MP Sánchez Melgar, RJ 2000/5801: pare que maltracta contínuament el seu fill nounat perquè plora.

SAP Albacete 15.7.2002 AC @214: pare que dóna dos mastegots al coll a la seva filla de 13 anys d'edat perquè no es volia fer el lit. Diversos dies després el metge observa que la nena manifesta dolor evident a la palpació. La sentència assenyala que aquesta manifestació de càstig físic sobrepassa els límits d'allò raonable que l'art. 154 CC estableix com a límit legitimador. El pare és condemnat per una falta lleu de maltractament d'obra que no causa lesió.

2.3.2.2 Absència del progenitor

2.3.2.2.1 Presó del progenitor

La impossibilitat física de compliment dels deures paternofilials ha estat al·legada com a causa de privació de la potestat en supòsits en què el progenitor està a la presó. Respecte d'això, cal dir que la jurisprudència no manté una posició clarament definida. La Sala 1a del Tribunal Suprem hi ha tractat aquesta qüestió en dues ocasions.

La STS, 1a, 24.5.2000, MP Gullón Ballesteros, RJ 2000\3941, *no priva de la potestat* sobre el seu fill al pare que ingressa a presó —pocs dies després de néixer el fill— condemnat a 30 anys per un delictes de robatori amb homicidi. Quan el menor té set anys, la mare —que conviu amb el seu nou espòs amb què ha tingut un altre fill— demanda la privació de la potestat del pare per incompliment dels deures de l'art. 154 CC. En primera instància no es priva el pare. La SAP Astúries 15.3.1995 hi havia privat de la potestat al pare en apreciar falta d'interès del pare empresonat en relació amb el seu fill, dins els límits permesos pel seu estat actual. El TS revoca la sentència de l'Audiència ja que considera que “no es pot saber si és bon pare o no” per inexistència de relació i no per voluntària inhibició.

STS, 1a, 20.1.1993, MP Malpica González-Elípe, RJ 1993\478: *priva de la potestat* perquè el pare està en situació de presó provisional i estableix que la “privació s'acorda per incompliment de la funció per impossibilitat física o moral del seu exercici, sense aprofundir en si és o no voluntària”.

En el primer cas el Tribunal Suprem entén que *no és causa de privació de la potestat* la condemna del pare a pena de presó de 30 anys, ja que no concorre una inhibició voluntària del pare.¹⁴⁹ En el segon, en canvi, es considera causa

¹⁴⁹ En aquesta línia, la SAP Astúries 28.1.1998 no accedeix a la petició de la mare de privar el seu consort en un procés de separació. Entén aquesta sentència que el fet que el pare estigui a

de privació de la potestat el fet de l'empresonament. En la segona sentència, malgrat la seva dicció literal, la decisió de privar de la potestat sembla respondre fonamentalment a què el delicte pel qual està empresonat provisionalment el pare és un parricidi.

El fet mateix d'estar a la presó no té per què ser causa de privació de la potestat ja que no determina necessàriament un incompliment dels deures paternofiliars danyós per als fills. Un delinqüent privat de llibertat no és necessàriament un mal pare o, millor dit, no és un pare que necessàriament hagi d'incomplir els seus deures respecte a un fill amb dany per a aquest. Una qüestió diferent és si el motiu de la condemna és causa de privació de la potestat pel tipus de conducta o si des de la presó el progenitor es desentén del seu fill, o si concorren altres circumstàncies a més del fet de la presó que facin necessària la privació de la potestat.

La SAP Barcelona 27.7.1999, ED 1999/42187: a instàncies de la mare l'Audiència priva de la potestat al pare que des de 1981 està complint condemnes i encara li queden pendents 20 anys. El menor té 9 anys. El resultat de les visites del pare durant els permisos ha estat traumàtic per al fill. A més a més el pare pateix un trastorn de personalitat amb desviació psicopàtica i paranoia. El menor considera el marit de la seva mare com el seu pare. La sentència entén que el fet d'estar un progenitor a la presó no justifica la seva privació, si bé si va acompanyat d'una actitud de desinterès i d'abandonament pot justificar la privació.

2.3.2.2.2 Parador desconegut del progenitor

Un altre supòsit d'absència del progenitor és el del pare que es troba en parador desconegut o del que no es tenen notícies. Alguna Audiència ha considerat que aquesta circumstància és suficient per privar si s'atén a la millor protecció del menor enfront de la inestabilitat que comportaria la reaparició del progenitor i corresponent assumptió automàtica dels seus deures. A més a més, s'assenyala que sempre és possible que el pare sol·liciti la revocació de la

la presó a causa de la seva implicació en delictes d'estafa i tràfic de drogues no és una causa per privar-li de la potestat i que el seu ingrés a la presó només determina la suspensió de la potestat.

mesura en reparèixer per ser la privació de la potestat dels pares temporal.¹⁵⁰

SAP Cadis 8.10.1999: es priva de la potestat al pare que no s'ha preocupat de sustentar ni de veure la seva filla des de fa sis anys i, no obstant això, ha estat cobrant l'ajuda familiar pública corresponent a la filla. SAP Les Palmes 22.5.1998: el pare sol·licita la privació de la potestat de la mare perquè s'ha desentès dels fills des que la sentència de divorci del matrimoni va atribuir la guarda al pare. La mare es troba en parador desconegut.

En aquests supòsits concorren molts cops casos de desinterès, per la qual cosa no és la dada fàctica de l'absència d'un progenitor sinó l'abandonament dels seus deures durant un temps i les seves conseqüències sobre el menor d'edat el que s'ha de valorar per determinar si cal privar de la potestat al progenitor.¹⁵¹

2.3.2.3 Idoneïtat del progenitor: circumstàncies personals que dificulten l'assumpció dels deures paternofilials

Determinades circumstàncies personals dels pares que impliquen dificultats objectives per assumir les obligacions derivades de la potestat poden donar lloc a la privació de la potestat dels pares, sempre que la dita solució estigui encaminada a protegir l'interès del menor. Els tribunals en aquests supòsits parlen sempre de la privació de la potestat com una mesura de protecció al menor que ha de ser adoptada en el seu benefici, per tant ha de respondre a la finalitat de protegir el menor d'un perill.

Sembla clar que aquest incompliment no inclou situacions de *mera inidoneïtat* en el medi familiar:¹⁵² no és qüestió d'estar més capacitats per desenvolupar els deures inherents a la pàtria potestat. En aquest sentit, en cada cas cal

¹⁵⁰ AP. Navarra 14.7.1999: pare imputat per un delictes de sang que porta desaparegut més de dos anys.

¹⁵¹ Vid. apartat corresponent a.5.1) Falta d'atenció respecte del menor d'edat en general: desinterès o desídia.

¹⁵² Bartolomé VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994, p. 22.

contrapesar l'interès prioritari del menor que subjeu en tota la legislació i el dret prioritari dels pares a conviure amb els seus fills, mantenir-los i educar-los.

Els pares són imperfectes, i ha de partir-se del principi que per als nens són millors els pares imperfectes que la intervenció estatal.¹⁵³ En aquest mateix sentit, cal entendre que no és motiu per privar de la potestat el que existeixin persones més capacitades per exercir la funció d'educar als menors des d'un punt de vista subjectiu o econòmic, el Tribunal Suprem ha confirmat aquesta interpretació en declarar que no és suficient la consideració que un menor hagi d'estar millor atès per altres persones per privar als progenitors.¹⁵⁴

STS, 1a, 25.6.1994, MP Ortega Torres, RJ 1994\6502: la tia materna amb què conviu la menor —la mare de la qual ha mort— sol·licita la privació de la potestat del pare i al·lega en la seva defensa que la menor des del seu naixement havia conviscut amb la família materna i que passar a viure amb el seu pare podria ser perjudicial per a la menor, per ser el pare invident i per la seva falta de disponibilitat de temps per a la seva filla. El TS confirma les sentències de les dues instàncies i considera que no són causes suficients per privar el pare de la potestat.

En la mateixa línia caldria considerar que l'absència *de mitjans econòmics i d'habitatge* en si mateixa no ha de ser causa de privació de la potestat dels pares,¹⁵⁵ a menys que vagi acompanyada d'altres circumstàncies que determinin una situació de dany per al menor.

¹⁵³ Joachim GERNHUBER i Dagmar COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4. neubearbeitete Aufl., Beck, München, 1994, p. 895. En aquest mateix sentit, per al dret escocès s'ha destacat que l'ordenament no exigeix pares perfectes, encara que se'ls exigeixi el compliment d'uns mínims estandarditzats, la qual cosa porta a l'administració pública a emprar el terme *good enough parent*. Elaine E. SUTHERLAND, *Child and Family Law*, T & T Clark, Edinburgh, 1999, p. 169.

¹⁵⁴ Ana SEISDEDOS MUIÑO comenta aquesta sentència en CCJC núm. 36, setembre-desembre 1994, § 979, p. 1175-1182. Vid. també el comentari de Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO a l'A. AP. Sevilla sobre la discussió de la custòdia d'una nena entre els seus pares adoptius i la família acollidora. Bercovitz assenyala que "la protecció del menor no consisteix a proporcionar-li els millors pares o guardadors possibles sinó a confiar-li als que per natura o adopció els correspon, excepte els supòsits excepcionals en què els mateixos incompleixen els seus deures de protecció donant així lloc a una situació de desemparament dels seus fills", Vid. *Aranzadi Civil*, III-1999, "¿Protección de menores *versus* protección de progenitores?", p. 2193-2195.

¹⁵⁵ La recent llei italiana d'adopció i acolliment de 28 de març de 2001 declara expressament que la pobresa en si mateixa no implica desatenció.

SAP Toledo, 2.3.2000, ED 2000/5026: menors que no estan desnodrits, ni han estat maltractats. Els pares procuren el benestar dels seus fills dins les possibilitats dels seus escassos recursos. Els pares s'oposen a la declaració de desemparament i l'Audiència considera que no correspon desemparar els menors ja que si bé hi ha deficiències, no són de gravetat suficient.

En altres casos, la pobresa junt amb altres factors ha estat considerada causa de privació de la potestat dels pares en algun supòsit relacionat amb l'adopció com en la SAP Pamplona 2.3.2000: pares pastors, sense mitjans econòmics i amb un habitatge que no reuneix condicions d'habitabilitat. Els pares van consentir l'acolliment administratiu dels seus dos fills menors d'edat perquè els mancaven els mitjans per atendre'ls, però no van consentir el permanent. L'Audiència confirma l'acolliment permanent. SAP Saragossa 20.5.1996: mare que ha manifestat reiteradament la seva impossibilitat d'atendre les menors, a causa de les seves circumstàncies personals —estades a la presó, desavinences amb el pare de les menors amb qui es troba unida de fet, insuficiència de mitjans econòmics i materials—, les quals duren des de l'any 1993 fins al present, sense que s'apreciïn indicis que puguin variar a curt o mitjà termini. La mare s'oposa a l'adopció del seu fill. L'Audiència considera que la mare està sotmesa en causa de privació de la potestat.

2.3.2.3.1 Malaltia: drogodependència, alcoholisme, malalties infeccioses

En línies generals, s'aprecia la tendència a considerar que la *drogodependència* o l'alcoholisme dels pares és una circumstància personal que permet privar de la potestat si a més a més concorre un situació de dany o perill per al menor. Si no concorre aquesta situació de perill, la presència d'alcoholisme o drogodependència en els pares no justifica que siguin privats de la potestat.

STS, 1a, 20.5.1997, MP Sierra Gil de la Cuesta, RJ 1997\3891, considera que no és causa per privar el fet que la mare hagi estat drogoaddicta ja que en el moment d'interposar-se la demanda les circumstàncies de la mare han canviat “de forma incontestable” .

L'única sentència del Tribunal Suprem que contempla aquesta circumstància assenjala que la rellevància de circumstàncies personals dels progenitors com a causa de privació de la potestat ha de posar-se en relació amb el dany o perill que se'n derivi per al menor d'edat.

En aquest sentit, la privació de la potestat dels pares que són drogodependents és procedent si el menor es troba en una situació de risc o perill. Aquesta deriva no sols de la malaltia dels pares sinó també d'altres circumstàncies concurrents habitualment conseqüència d'aquesta: situació de desatenció del menor, falta d'estabilitat emocional en els pares o risc de contagi de malalties infeccioses no controlades.¹⁵⁶

SAP Santa Cruz de Tenerife 15.6.2001, AC 2001\1876: en un procés d'adopció es considera que la mare —drogoaddicta— està sotmesa en causa de privació de la potestat davant la situació total de desprotecció que es troba el seu fill. La mare no té recursos econòmics, és incapaç de valer-se per si mateixa, no compta amb treball remunerat i exerceix la mendicitat com a mitjà de vida.

SAP Ourense 4.4.2000: pare alcohòlic i mare que “manca d'habilitats socials en part per tenir *una capacitat intel·lectual limitada*” que tenen dues filles. Des del seu naixement les nenes es van trobar en una situació real de desemparament fins que van ser entregades en règim d'acolliment familiar. En el procediment d'adopció la mare s'oposa a aquest. L'Audiència entén que està sotmesa en causa de privació de la potestat, per la qual cosa no es requereix el seu assentiment. L'Audiència assenyala que la situació familiar obligaria a una guarda institucionalitzada fins la majoria d'edat de les menors al no haver-hi cap possibilitat d'arribar a reintegrar-se en la família biològica.

Com ja s'ha assenyalat, si no concorre aquesta situació de perill, la presència d'alcoholisme o drogodependència en els pares no justifica que siguin privats de la potestat. Així per exemple, si el menor d'edat no conviu amb el pare drogoaddicte —ja perquè els pares viuen separats i s'ha atribuït la guarda a

¹⁵⁶ SAP Guipúscoa 10.3.1999: Hi ha hagut declaració de desemparament i posterior acolliment dels menors perquè els pares —drogoaddictes- han descuidat qüestions essencials per a l'atenció dels seus fills en matèria d'alimentació, higiene, cures mèdiques i atenció personal. No es considera variació de les circumstàncies d'entitat que els pares estiguin sotmesos a un procediment de desintoxicació i que treballin en tallers ocupacionals. La SAP entén que així els menors podran créixer de manera més segura tant física com psíquicament, procurant-se una formació integral dels mateixos. SAP Palència 8.5.1998: a instàncies del Ministeri Fiscal, es priva la mare —drogoaddicta— de la potestat sobre la seva filla amb la que no ha mantingut contacte des de fa 6 o 8 anys i que conviu amb els seus avis paterns. A la mare se li reconeix el dret a relacionar-se amb la seva filla. SAP Astúries 16.1.1998: accedeix a la demanda de l'àvia paterna de privació de la potestat dels dos progenitors que són drogodependents. SAP Múrcia 25.1.1995: pare drogoaddicte, condemnat a sis anys de presó i malalt. Se li priva de la potestat i s'atorga la guarda als avis materns en haver mort la mare en accident de circulació. SAP Lleó 7.10.1994: s'accedeix a la petició de l'avi matern de privació de la potestat d'ambdós progenitors que són toxicòmans, al no poder acreditar aquests que estiguin en les condicions objectives i subjectives necessàries per complir amb les seves obligacions paternofiliales.

l'altre progenitor, ja perquè conviu amb altres familiars— caldrà ponderar amb atenció la necessitat de privar de la potestat com a mesura de protecció o la suficiència d'altres mesures com, si escau, la fixació de visites supervisades o la supressió d'aquestes.¹⁵⁷

La majoria de les SS.AP analitzades segueixen el criteri assenyalat anteriorment i no priven de la potestat.

La SAP València 24.2.2000 no priva de la potestat al pare alcohòlic en un procés de divorci que adjudica la guarda dels dos fills menors a la mare; entén que el que correspon és condicionar el dret de visites del pare a determinades circumstàncies (control d'alcoholèmia, presència d'un tercer) pel perjudici que pot derivar-se als menors, però no privar de la potestat. La SAP Girona 27.1.1999 no priva la mare —toxicòmana i que ha exercit la prostitució— i per a això té en compte que la menor està acollida pels avis i que la mare ha iniciat un tractament de deshabitació, per la qual cosa es presumeix que podrà assumir els seus deures. La SAP Àvila 29.2.1996 no priva de la potestat al pare —delinqüent i drogoaddicte— perquè no es prova que la seva conducta hagi de ser perjudicial per al fill, i afirma que el que correspon és fixar un règim de visites restringit.¹⁵⁸

Altres, en nombre més petit, prescindeixen de l'existència de dany o perill per al menor i semblen privar de la potestat per la mera presència de malalties infeccioses o drogodependències en un progenitor.

SAP Balears 30.3.1999: en el procés de separació la dona sol·licita la privació de la potestat del pare que pateix toxicomania i alcoholisme, a més de tenir hepatitis B i C. L'Audiència decideix la privació de la potestat com a mesura en interès del menor.

¹⁵⁷ Altres ordenaments, com alguns dels Estats Units d'Amèrica, recullen la drogodependència durant un any o l'alcoholisme com a causa de terminació dels drets parentals sense relació alguna de la malaltia amb l'interès del menor; encara que en l'aplicació al cas concret pel jutge requereix ponderar que la privació de la potestat sigui en interès del menor. 750 ILCS 50/1 d (K). Amb caràcter general es proposa que la toxicomania o l'alcoholisme influeixin en l'atribució de la guarda i visites si interfereixen en la capacitat educativa dels pares, vid. American Law Institute, *Principles of the law of family dissolution: Analysis and Recommendations*, Ira MARK ELLMAN (Chief reporter), Matthew Bender-LexisNexis, Newark, N.J., 2002, p. 255 ss.

¹⁵⁸ En el mateix sentit també es pronuncia la SAP Lleida 2.6.2000.

2.3.2.3.2 Trastorns de la personalitat, incapacitació

Els *trastorns de personalitat i la incapacitat* d'un progenitor poden ser causa de privació de la potestat dels pares si impliquen un perill per al correcte desenvolupament del menor. Aquesta causa només és apreciada en procediments d'oposició a la constitució de l'adopció. En processos de separació o divorci es concreta en la no atribució de la guarda al cònjuge que pateix una malaltia mental, però no se li priva de la potestat.¹⁵⁹

SAP Guipúscoa 20.2.1998, ED 1998/13017: Pare sol·licita privació de la mare. La sentència entén que la malaltia de la mare amb trastorns psíquics determina una relació limitada del fill amb la mare, però no la privació de la seva potestat ja que no comportaria cap benefici per a la filla.

En l'àmbit de l'adopció, la capacitat intel·lectual limitada del progenitor que obligaria a una guarda institucionalitzada del menor permet acordar la privació de la potestat dels pares sense el consentiment del progenitor. En la mesura que aquestes circumstàncies incapaciten actualment i per al futur l'atenció adequada de les necessitats del menor es considera que el progenitor està sotmès a causa de privació de la potestat dels pares.

SAP Àlaba 31.10.2001: considera sotmesa en causa de privació de la potestat a la mare amb falta d'autonomia personal i limitacions cognitives (minusvàlida del 43%) sense habitatge ni recursos econòmics propis. La SAP A Corunya 13.12.1999 determina que no es requereix el consentiment de la mare biològica en la constitució de l'adopció: la malaltia mental de la mare i les "condicions nefastes" en les que vivia la menor justifiquen aquesta decisió.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Tot i que en algunes sentències de principis dels 90 es priva de la potestat en aquests casos. Per exemple, la SAP Granada 30.4.1993: Filla extramatrimonial el pare de la qual sol·licita la privació de la potestat de la mare. La situació personal de la mare —greus trastorns de personalitat— la fa incapaç de cuidar de manera contínua i eficaç a la seva filla menor. En primera i en segona instància es priva de la potestat sobre la seva filla a la mare.

¹⁶⁰ En el mateix sentit, la SAP Ourense 4.4.2000. Vid. també, encara que no tracti directament de la privació de la pàtria potestat sinó de la suspensió d'aquesta, la SAP Tarragona 13.1.2000 que resol el recurs d'oposició de la mare biològica d'un menor a la constitució d'acolliment permanent. La sentència confirma l'acolliment i per a això té en compte la personalitat límit de la mare, els seus problemes d'estabilitat emocional i immaduresa, així com el seu alcoholisme junt amb la falta d'un habitatge estable.

SAP Còrdova 2.3.2001, AC 2001\491: la mare té una deficiència psíquica, utilitza la seva filla menor d'edat per exercir la mendicitat, manca d'habitatge, de recursos econòmics i de condicions higièniques mínimes. En el procés d'adopció de la seva filla es considera que la mare està sotmesa en causa de privació de la potestat. SAP Madrid 16.10.1998: la mare té trastorns greus de personalitat que la incapaciten actualment i en el futur per atendre adequadament a les necessitats del fill, s'entén la privació de la potestat com una mesura de protecció del menor. SAP Conca 18.9.1997: el pare pateix una demència mental amb lleugers problemes de conducta que el fan agressiu quan s'enutja i la mare pateix oligofrènia mitja agreujada per una dependència alcohòlica. Es considera els pares sotmesos en causa de privació de la pàtria potestat.

Si la malaltia mental afecta la capacitat d'un o ambdós progenitors d'assumir les seves obligacions paternofilials, però es preveu que la situació pot millorar en un futur pròxim, per exemple amb un tractament adequat, no es priva de la potestat. La dificultat rau a determinar les perspectives de convivència entre el menor d'edat i el progenitor, així com els efectes del manteniment dels vincles entre ambdós sobre el desenvolupament del menor d'edat. En aquest sentit pot apuntar-se que la carència d'un model familiar —per que siguin desaconsellables les visites entre pares i fills— i la cronificació d'una situació d'internament per a un menor d'edat poden causar un dany al menor que justifiqui la privació de la potestat dels pares amb vista a possibilitar l'adopció del menor d'edat.

D'acord amb allò que s'ha apuntat en el paràgraf anterior pot ser discutible la següent resolució. Interlocutòria AP. Salamanca 11.9.2000: la Junta de Castella i Lleó assumeix la guarda d'un recent nascut els pares de la qual pateixen malalties psíquiques —pare esquizofrènic i mare amb un trastorn bipolar— a la vista de la situació de risc en què es trobava el recent nascut i constitueix un acolliment preadoptiu a favor d'una família. En el procediment d'adopció del menor, les resolucions de primera i segona instància no aprecien causa de privació de la potestat. El jutge considera que la mare està en condicions de fer-se càrrec del menor, encara que els riscos de la seva malaltia per al menor s'intenten pal·liar atribuint la guarda del menor a un centre d'acollida residencial que determinarà el règim de visites amb els pares.¹⁶¹

¹⁶¹ Davant d'aquesta resolució, els acollidors del menor interposen recurs d'empara davant el TC. La interlocutòria TC 27/2001 (Sala 1a, Secció 1a), d'1 de febrer no admet a tràmit el recurs interposat pels acollidors del menor.

Al contrari, no es priva de la potestat si el trastorn no afecta la capacitat del progenitor d'atendre correctament al menor: ni la debilitat mental lleugera ni la immaduresa de la relació paternofilial permeten privar al progenitor.

SAP Zamora 10.1.2001, AC 2001\605: menor d'edat declarada en desemparament per raons econòmiques, socials i familiars el 3.10.96. En el moment de l'oposició de la mare a l'adopció de la seva filla el seu pare està a la presó per delictes d'agressió sexual respecte de les seves dues filles i la mare s'ha separat del pare i viu ara en relació de parella estable amb altres dos fills. L'AP. considera no provada *la causa de privació de la potestat que no pot ser l'existència d'una depressió lleu* en la mare.

2.3.2.3.3 Llibertat ideològica i lliure desenvolupament de la personalitat dels progenitors

S'ha assenyalat reiteradament que les circumstàncies personals dels progenitors que no determinen la posada en perill del desenvolupament del menor, encara que s'apartin dels estàndards socials o habituals no han de considerar-se causes de privació de la potestat. La protecció de l'adequat desenvolupament del menor ha de posar-se en relació amb els principis constitucionals i amb el dret dels pares al lliure desenvolupament de la seva personalitat. La Constitució espanyola garanteix la *llibertat ideològica i religiosa*, per tant la pertinença a una religió dels pares no ha de tenir efectes sobre la supressió de la potestat, a menys que suposi per al menor un dany actual i real per al seu desenvolupament o una violació dels seus drets fonamentals, sempre que no es pugui aconseguir la protecció del menor amb una mesura que no suposi la separació dels seus pares. Ha de considerar-se, per tant, que la llibertat religiosa dels pares no justifica la lesió de la integritat o de la salut del menor d'edat.¹⁶²

La SAP Madrid 30.9.1999: mare que sol·licita la privació de la potestat del pare sobre el seu fill comú sobre la base que el pare és musulmà ja que entén que els principis d'aquesta religió poden causar un greu perjudici al

¹⁶² Maria José SANTOS MORÓN, "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio", *La Ley* nº 5675, 12.12.02, Apartado IV. Consideraciones finales.

fill. Tant la sentència d'instància com la d'apel·lació consideren que no hi ha causa de privació.

Encara que no sigui un cas en què es discuteixi la privació de potestat dels progenitors sinó la fixació d'un règim de comunicació entre pares i fills, el Tribunal Constitucional ha utilitzat els criteris que aquí es defensen: comprovació de l'existència de dany o perill derivat de la pertinença d'un progenitor a una determinada ideologia, així com aplicació d'una mesura de protecció per al menor que sigui adequada per apartar el dit perill i que impliqui la mínima intervenció possible en la relació paternofamiliar.¹⁶³

La STC 141/2000, de 29 de maig, MP Vives Antón, no discuteix la privació de la potestat d'un dels progenitors sinó *la privació de visites* al pare pel fet de pertànyer al Moviment Gnòstic Cristià Universal d'Espanya. En un procés de separació matrimonial la mare sol·licita que es fixi un règim de visites reduït a favor del pare sobre els dos fills del matrimoni (de 5 i 12 anys d'edat) pels perjudicis per al desenvolupament psicològic i en la seva educació que poden derivar-se de la pertinença del seu marit al Moviment Gnòstic. En interlocutòries consta un Informe de l'Equip Psicosocial en què s'assenyala que no hi ha motius perquè la relació dels fills amb el pare no es desenvolupi a través d'un règim de visites normal i que hi ha motius per entendre que qualsevol contacte dels menors amb el Moviment tindria un potencial efecte negatiu sobre aquests en desprendre's de la informació que es tracta d'una secta destructiva. La sentència de Primera Instància fixa un règim de visites normal a favor del pare i li imposa la prohibició expressa de fer partícips als seus fills de les seves creences religioses així com l'assistència dels menors a qualsevol mena d'acte que tingui relació amb aquelles. Apel·lada la sentència per la mare, l'Audiència Provincial restringeix el règim de visites al pare. El Tribunal Constitucional anul·la la sentència d'apel·lació i declara que s'ha vulnerat la llibertat ideològica del pare. Per protegir als menors són suficients les mesures adoptades en primera instància i són desproporcionades les adoptades per l'Audiència: no hi ha provat un dany real i actual per al desenvolupament dels menors sinó només una presumpció de risc potencial.

En canvi, una STS de principis dels vuitanta justifica que la mare —Testimoni

¹⁶³ Problemes més greus d'enjudiciament derivaran dels supòsits —potser més freqüents en la pràctica— en què ambdós progenitors ostentin religions diferents sense que de cap es derivi una influència negativa o una sospita de dany per al menor d'edat. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO assenyala les dificultats de solucionar judicialment els desacords entre els cònjuges en aquest aspecte. "Derecho de los progenitores a la formación religiosa y moral de sus hijos" en *Aranzadi Civil*, nº 8, julio 2000, p. 11-12.

de Jehovà— no ostenti l'exercici de la potestat sobre la seva filla menor d'edat donat el risc potencial que en algun moment arribi a necessitar una transfusió de sang.

STS, 1a, 27.2.1980, MP González Alegre i Bernardo, RJ 1980\1012: en un procés de separació matrimonial per maltractaments del pare sobre la mare es declara a la dona cònjuge innocent i s'atribueix l'exercici de la potestat sobre la filla comuna de 2 anys d'edat al pare i no a la mare per ser aquesta Testimoni de Jehovà donat el risc que pot suposar-li a la filla en el cas que requereixi en un futur una transfusió sanguínia.¹⁶⁴

Entenc que en aquest cas no s'hauria d'haver privat de l'exercici de la potestat a la mare per la mera possibilitat d'un risc de transfusió. Fins i tot davant una situació de necessitat real i actual de transfusió sanguínia amb risc per a la vida del menor seria suficient sol·licitar al jutge autorització per procedir a aquesta sense necessitat de privar de la potestat.¹⁶⁵ Podria admetre's la privació de la potestat sobre un menor d'edat si patís una malaltia que exigís transfusions per al seu tractament —sense que existeixi tractament alternatiu— i hi hagués risc que els pares no ingressessin el menor en un hospital per la possibilitat que sigui transfós en contra de la seva voluntat.

A més a més, en aquests casos també hauria de tenir-se en compte el grau de maduresa del fill menor d'edat per assumir les conseqüències de la denegació d'una transfusió sanguínia.¹⁶⁶ En aquest sentit el Tribunal Constitucional ha

¹⁶⁴ El text de la sentència no deixa prou clar si s'està discutint la privació de la pàtria potestat de la mare o l'atribució de la guarda i no es pronuncia sobre un règim de visites entre la mare i la filla.

¹⁶⁵ Aquest és el criteri que adopten habitualment els protocols hospitalaris. Es prescindeix del consentiment dels pares si hi ha perill per a la vida del menor: se sol·licita autorització judicial i es realitza la transfusió sense esperar a l'autorització. Vid. <http://www.enferpro.com/documents/testigosdejehova.exe>.

¹⁶⁶ Aquest és el criteri que fixa la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica (BOE núm. 274, de 15-11-2002).

Art. 9. *Límits del consentiment informat i consentiment per representació.*

[...] 3. S'atorgarà el consentiment per representació en els supòsits següents: [...]

c) Quan el pacient menor d'edat no sigui capaç intel·lectual ni emocionalment de comprendre l'abast de la intervenció. En aquest cas, el consentiment ho donarà el representant legal del menor després d'haver escoltat la seva opinió si té dotze anys complerts. Quan es tracti de menors no incapaços ni incapacitats, però emancipats o amb setze anys complerts, no cal prestar el consentiment per representació. No obstant això, en cas d'actuació de greu risc,

resolt recentment en la STC 154/2002, de 18 de juliol —M. P. Cachón Villar— un cas en què s'absol als pares de la mort del seu fill de 13 anys d'edat per no haver donat el seu consentiment a una transfusió sanguínia a què s'oposava vehementment el propi menor d'edat, Testimoni de Jehovà igual que els seus pares.

El supòsit de fet d'aquesta sentència és el següent: el 3.9.1994 el fill dels recurrents en empara —de 13 anys d'edat en el moment dels fets- pateix diverses lesions —aparentment d'escassa entitat— en caure d'una bicicleta. En dies posteriors té fortes hemorràgies que motiven que ingressi en un hospital de Lleida el 8.9.1994 on indiquen la necessitat urgent de realitzar una transfusió de sang, a la qual cosa s'oposen els seus pares al·legant la seva condició de Testimonis de Jehovà i sol·liciten una teràpia alternativa o el trasllat a un altre hospital on se li pogués aplicar. L'hospital obté autorització judicial per realitzar la transfusió a què els pares no s'oposen, però els metges decideixen no realitzar-la davant la reacció “d'autèntic terror” (“reaccionant agitadament i violentament”) del nen que podria precipitar una hemorràgia cerebral. Els pares s'oposen a la sol·licitud dels metges que intentessin convèncer al seu fill que es deixés transfondre. Es trasllada el menor a dos hospitals en què es prescriu la mateixa teràpia però no s'executa davant l'oposició dels pares i del propi menor, pel que finalment es trasllada el menor d'edat al seu domicili. El 14.9.2002 el jutge de primera instància —a petició de l'ajuntament de Ballobar (Osca)- ordena l'entrada al domicili del menor perquè rebí l'assistència mèdica precisa i sigui traslladat a un hospital on ingressa en coma profund i se li realitza la transfusió de sang; l'endemà el menor mor. Els pares havien manifestat les seves conviccions religioses però van acatar la decisió del jutjat i no van intentar impedir la transfusió. Es declara provat que si el menor hagués rebut a temps les transfusions que precisava hagués tingut a curt o mitjà termini una alta possibilitat de supervivència i, a llarg termini, depenia de la malaltia que patís, que no va poder arribar a diagnosticar-se. El MF sol·licita que es condemni els pares com a autors d'un delictes d'homicidi. La SAP Osca 20.11.1996 absol els pares. Recorreguda la SAP pel MF, la STS 27.6.1997 condemna als pares com a autors d'un delictes d'homicidi amb l'atenuant d'obcecació o estat passional a la pena de 2 anys i 6 mesos. Els pares interposen recurs d'empara davant el TC per violació de la llibertat religiosa. El TC atorga l'empara sol·licitada.

La sentència estableix clarament que els pares no estaven vinculats per la decisió del menor d'edat i que no hi ha dades que permetin concloure que el mateix tingués la maduresa suficient per assumir una decisió de vital

segons el criteri del facultatiu, els pares seran informats i la seva opinió serà tinguda en compte per a la presa de la decisió corresponent. [...]

importància, per la qual cosa es nega qualsevol validesa jurídica a la declaració de voluntat del menor d'edat oposada a la transfusió.¹⁶⁷ No obstant això la mateixa sentència estableix que condemnar els pares suposa traslladar-los l'adopció d'una decisió rebutjada pels metges i fins i tot per l'autoritat judicial. Estableix la sentència que la posició de garant dels pares no els obliga a consentir quelcom que va contra les seves creences religioses ja que van possibilitar sense reserves l'acció tutelar del poder públic per a la protecció del menor (FJ 15).

Em sembla arriscat traslladar la responsabilitat dels pares als metges com es fa en aquest cas. Els pares són els responsables primaris de la vida dels seus fills, són els seus representants legals i han de –en principi- consentir prèviament qualsevol tractament sobre els seus fills, sense que l'exercici de la seva llibertat religiosa justifiqui la lesió de la integritat física del menor si aquest no pot decidir per si mateix donat el seu grau de maduresa.¹⁶⁸

En l'ordenament italià es considera comportament perjudicial per al menor que els pares no sotmetin els seus fills a intervencions mèdiques necessàries, com poden ser la vacunació obligatòria o transfusions i aquesta situació justifica l'allunyament del menor de la família per decisió judicial *ex art. 333 CC it.* pel temps del tractament i no la privació de la potestat.¹⁶⁹ De forma semblant, la denegació de transfusions sanguínies al menor per qüestions religioses en alguna ocasió s'ha resolt en una transfusió coactiva –sentència de Cassació 8.2.1994 n. 1265-. En canvi, altres circumstàncies com l'existència de tractaments alternatius a la transfusió no permeten la intervenció judicial en la vida familiar. Per exemple, en el supòsit de fet de la sentència de la cort

¹⁶⁷ El que ha donat lloc a opinions contràries. Maria José SANTOS MORÓN, “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio”, *La Ley* nº 5675, 12.12.02; Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores”, *Aranzadi Civil* núm. 11, septiembre 2002.

¹⁶⁸ En aquest sentit, Maria José SANTOS MORÓN, “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio”, *La Ley* nº 5675, 12.12.02, p. 5.

¹⁶⁹ Vid. *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, cit. p. 857.

d'apel·lació d'Ancona, 28.3.1999, els pares –testimonis de Jehovà— trien un tractament de medicina no tradicional –multiteràpia Di Bella- per al seu fill malalt greument de càncer per evitar-li l'amputació d'una cama, tot i que mantenen contactes amb un hospital. La sentència entén que la conducta dels pares no és abús de potestat, més si es té en compte que el pronòstic del seguiment de la medicina tradicional no és gens encoratjador.¹⁷⁰

Tampoc l'homosexualitat ha de comportar la privació de la potestat del progenitor, ja que no té per què suposar un risc o perill per al menor.

La SAT. Barcelona 19.1.1987: denega la sol·licitud de privació de la potestat en un procés de divorci, en considerar que la qualitat d'homosexual del pare no implica inidoneïtat per vetllar per la formació integral dels fills.

S'ha assenyalat anteriorment que la redacció de l'art. 136 CF exclou qualsevol referència a possibles exemples corruptors dels pares i que qualsevol conducta o condició personal dels pares com a causa de privació de la potestat ha de posar-se en relació amb la posada en perill del desenvolupament de la personalitat del menor. Comportaments que s'apartin de l'estàndard social generalment acceptat no poden ser causa de privació de la potestat tret que es demostrï que causen un greu dany per al desenvolupament de la personalitat del menor, interpretant aquest d'acord amb els principis constitucionals i la legislació ordinària.

2.3.2.4 Delegació del compliment dels deures paternofilials

Hi ha poques sentències que tractin directament de la delegació per part dels progenitors a un tercer dels deures que comprèn la pàtria potestat. Pot dir-se

¹⁷⁰ *Dir. famiglia*, 1999, 659 i comentari de Mauro GRONDONA en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, p. 222-225. Un cas semblant de tractament de càncer és resolt per la sentència del tribunal de menors de Venezia, 2.1.1998: només estaria justificada una mesura d'intervenció sobre la potestat dels pares si l'elecció del tractament curatiu no tradicional tingués un origen ritualístic o fora evidentment inadequat, superficial o negligent, vid. *Dir. famiglia*, 1999, 689.

que, en general, la *delegació no és causa de privació de la potestat dels pares*. Partim de la licitud dels pactes de delegació de la potestat en tercers, siguin familiars o no, sempre que es tracti de pactes revocables degut a la intransmissibilitat de la potestat dels pares.¹⁷¹ En aquests casos, els progenitors continuen ostentant la potestat sobre els seus fills, per tant conserven els deures jurídics d'atendre i vetllar per ells, encara que la delegació influeixi en la forma d'exercitar aquests deures.

Per tant, l'existència d'un pacte de delegació no serà causa de privació de la potestat, sempre que els pares no es desentenguin totalment del menor. En aquest sentit pot assenyalar-se que, en aquestes circumstàncies, l'interès del menor imposa alguns límits a tals pactes la transgressió dels quals podria permetre la privació de la potestat dels pares.¹⁷² Des d'un punt de vista negatiu, la impossibilitat de desentendre's de l'atenció, encara que sigui indirecta o mediata, del fill; des del punt de vista positiu, l'exigència de control o direcció efectiva, real, dels progenitors sobre el mode d'exercitar la guarda i custòdia pel tercer encarregat d'aquesta.¹⁷³

No obstant això, si la delegació implica desatenció patent per part dels progenitors es considera causa de privació de la potestat. Si es produeix una explícita despreocupació pel fill amb incompliment dels deures legals, correspondrà la privació de la potestat; si no hi ha despreocupació patent no

¹⁷¹ Així, Luis DIEZ PICAZO defensa una interpretació àmplia de l'art. 154 CC "tenir els fills en la seva companyia" i considera que aquests acords —si són revocables— no són il·lícits, perquè no s'oposen al caràcter intransmissible i irrenunciable de la potestat. Vid. *La Reforma del derecho de familia matrimonio, separación, divorcio, régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad. Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho*, Imprenta Sevillana, Sevilla, 1982.

¹⁷² Jerónimo LÓPEZ PÉREZ, *La patria potestad: voluntad del titular*, Universidad de Valladolid. Departamento de Derecho civil. Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1982, p. 64-66. José Manuel RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación en la patria potestad*, cit., p. 96, diu que en la doctrina espanyola admeten la possibilitat de renúncia o disposició de l'exercici de la pàtria potestat (però parlen només d'acords entre cònjuges, no d'atribució a tercers) PRADA GONZÁLEZ I FLORENSA i que per a la resta d'autors només caben delegacions parcials.

¹⁷³ Vid. José Manuel RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, Comares, Granada, 1989, p. 117 ss.: dóna prioritat al factor subjectiu manifestat per fets concloents externs. "On allò prioritari per a la imposició de la sanció és, no tant la desprotecció efectiva del menor vingui d'on vingui, sinó l'ànim patern, manifestat per fets concloents, de no ocupar-se d'aquest".

s'haurà de privar de la potestat.¹⁷⁴

SAP Almeria, 22.11.2001, AC 2001\1045: mare que deixa la seva filla recent nascuda amb uns oncles i es desentén material i afectivament d'ella. Es priva de la potestat a la mare a instància dels oncles de la menor. SAP Badajoz 28.4.2000, mare —drogoaddicta— sotmesa en causa de privació de la potestat dels pares perquè va consentir l'acolliment de la seva filla pels oncles materns des de l'any de naixement i no va exercir el seu dret de visites. Als tres anys, la família acollidora inicia procediment d'adopció, moment en què la mare biològica es comença a interessar per la nena. L'Audiència considera que l'interès de la menor aconsella mantenir la situació, ja que està perfectament integrada i només reconeix com a progenitors als acollidors.

Els supòsits que permeten privar de la potestat als progenitors es relacionen més amb desistiment de deures que amb delegació de funcions. No qualsevol desatenció justificarà la privació de la potestat dels progenitors. Cal ponderar la suficiència de mesures d'intervenció per protegir adequadament al menor d'edat que no impliquin l'extinció dels vincles paternofilials.

La STS, 1a, 29.3.2001, MP Asís Garrote, RJ 2001\9852 no considera causa de privació de la potestat dels pares que la mare sol·liciti l'internament de la seva filla en un centre d'acollida durant l'absència de l'àvia, que ostentava la guarda de fet d'aquesta.

En el supòsit de fet d'aquesta sentència els avis materns sol·liciten la guarda de la seva néta menor d'edat a causa de la inestabilitat de la seva filla —mare de la menor— que ha descuidat les seves atencions respecte a aquesta per dedicar-se preferentment a atendre el seu company sentimental convalescent d'un accident. La mare havia sol·licitat l'internament de la menor en un centre d'acollida aprofitant l'absència de l'àvia. No es prova un incompliment de deures que justifiqui la privació de la potestat sinó una mesura temporal com l'atribució de la guarda que deixa fora de perill el dret de representació de la mare, l'administració dels béns i les decisions que no siguin les ordinàries (malaltia, estudis).

¹⁷⁴ José Manuel RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, cit., p. 165-166.

2.3.2.5 Compliment de les normes o resolucions judicials sobre exercici de la potestat o visites

L'incompliment de l'obligació dels progenitors d'acatar les resolucions judicials sobre l'exercici de la potestat o el règim de visites pot traduir-se en un perjudici per als menors. Segons la transcendència d'aquest en el desenvolupament del menor podria considerar-se com a incompliment de deures paternofiliais susceptible de donar lloc a la privació de la potestat.

En la pràctica, l'incompliment del règim de visites o el dificultar el compliment del dit règim a l'altre progenitor no és causa suficient per privar si no concorren altres circumstàncies.

2.3.3 Deures en l'àmbit patrimonial: representar el menor i administrar els seus béns

Correspon als titulars de la potestat la representació dels menors i l'administració dels seus béns (art. 145.1 i 155.1 CF).

*L'incompliment d'aquests deures o el seu compliment defectuós —en perjudici dels interessos del menor— difícilment seran causa de privació de la potestat dels progenitors.*¹⁷⁵ En aquests casos és més adequat, en tant que suficient per pal·liar el perjudici que es deriva per al menor, privar parcialment de la potestat dels pares —limitada en aquest cas a les facultats de representació o administració dels béns del menor que es transmeten a l'altre progenitor o a un tercer—,¹⁷⁶ o acudir a la regulació específica que contempla l'ordenament civil per a aquests supòsits. L'art. 134.1 CF permet, en cas de gestió dels titulars de la potestat perjudicial per al patrimoni o interès del menor, que s'exigeixi la

¹⁷⁵ No es troben supòsits de privació de la potestat dels pares que tinguin la seva base en un incompliment del seu deure representar i administrar els béns del seu fill no en la jurisprudència del Tribunal Suprem ni en les sentències de les Audiències consultades —més de 200-.

¹⁷⁶ María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, cit., p. 269.

prestació de garanties suficients, que s'estableixin limitacions a la facultat de disposició o de gestió dels pares o que es nomeni al menor un defensor judicial. Cal fixar aquestes mesures judicialment i tenen caràcter temporal.

Els principis que han d'inspirar la discrecionalitat judicial portaran, en aquests supòsits, a aplicar les mesures anteriors amb preferència a la privació de la potestat dels pares.¹⁷⁷ Entre aquestes mesures, cal admetre la privació parcial de la potestat que abasti exclusivament a la facultat d'administració.¹⁷⁸

L'ordenament alemany conté una regulació semblant a la que es defensa en les línies anteriors. Contempla de forma explícita la privació total o parcial de la potestat patrimonial (§ 1667 BGB).¹⁷⁹ Les mesures d'intervenció sobre la potestat patrimonial dels pares exigeixen com a requisit propi una situació de perill del patrimoni del menor que ha de provar-se en cada cas i no es dona per suposat en els casos de privació de la potestat personal dels progenitors.

2.4 Subjecte passiu de la privació de la potestat dels pares

Només pot ser privat de la potestat el progenitor la paternitat del qual respecte al fill està legalment determinada.¹⁸⁰ Qui no ostenta la potestat no pot ser privat d'aquesta. En aquest sentit l'incompliment dels deures derivats d'altres institucions de protecció de menors, com la guarda derivada d'un acolliment o

¹⁷⁷ Vid. *infra* 2.7, on es tracten aquests criteris com l'adequació o la proporcionalitat.

¹⁷⁸ María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, "Comentario art. 167 CC" en *Comentarios al Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coordinador), Aranzadi, Elcano, 2001, p. 283.

¹⁷⁹ El Codi civil alemany no contempla la privació de la potestat com un tot. La possibilitat de privar de la totalitat de la potestat no apareix regulada expressament i s'aprecia per la jurisprudència de forma restringida. La doctrina precisa que només pot privar-se als pares de la totalitat de la potestat si a més dels requisits per privar de la potestat personal concorren els requisits per a una privació de la potestat patrimonial i l'adopció de mesures menys agressives serien insuficients per apartar el perill per al benestar del menor. Vid. Manfred HINZ, *Münchener Kommentar*, 3. Auf. cit. § 1666, Rn 3.

¹⁸⁰ SAP Madrid 17.5.1996: no es valora l'incompliment de deures respecte a una filla extramatrimonial fins a produir-se el reconeixement de la filiació per sentència ferma.

la tutela, dóna lloc a la remoció del càrrec.¹⁸¹

Encara que no ho digui expressament el text legal del Codi de família una mateixa resolució judicial pot privar a un progenitor de la pàtria potestat sobre més d'un fill. Altres ordenaments jurídics, com l'holandès, estableixen expressament que la suspensió o la privació pot afectar un o a més fills (art. 266 i 269 BW).

Més enllà de la possibilitat apuntada en el paràgraf anterior, el CC fr. recull la presumpció que s'estén la privació de la potestat a tots els fills menors d'edat nascuts en el moment de la sentència (art. 379.1 CC fr.), presumpció que no impedeix, òbviament, que el jutge pugui pronunciar la privació de la potestat d'un progenitor només respecte d'alguns dels fills.¹⁸² A falta d'una precisió dels nostres textos legals en aquest sentit, la resolució judicial que privi de la potestat han d'indicar expressament a quins fills del progenitor afecta la mateixa.¹⁸³

La dicció de l'art. 379-1 CC fr. sembla indicar que en cap cas es permet estendre la privació de la potestat als fills que neixin amb posterioritat a la resolució judicial, afirmació que es pot fer igualment en relació a l'ordenament del Codi civil i del català, ja que en cada cas s'ha de provar l'incompliment de deures perjudicial per al menor i mentre aquest no neixi no es podrà provar, per això no es pot aplicar automàticament la privació de la potestat als successius fills que tingui el progenitor privat.¹⁸⁴

¹⁸¹ Art. 195 CF i 247 CC: remoció de la tutela.

¹⁸² Gérard CORNU, *Droit Civil. La Famille*, 7a ed., Montchrestien, Paris, 2001, p. 168-169.

¹⁸³ Així com les resolucions de la jurisdicció civil concreten sempre els fills del progenitor als que afecta la privació de la pàtria potestat, en les de la jurisdicció penal no és així sempre, la qual cosa planteja problemes d'interpretació que s'analitzen en el Capítol III: La potestat dels pares en el procés penal.

¹⁸⁴ La doctrina italiana manté aquesta mateixa postura que requereix la prova dels requisits un cop el menor ha nascut. Vid. . Maristella CERATO, *La potestà dei genitori. I modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, Giuffrè Editore, Milà, 2000, p. 173.

2.5 Imputabilitat de la conducta

La interpretació de què ha d'entendre's per incompliment dels deures dels titulars de la potestat porta a plantejar-se l'exigència o no de culpabilitat o negligència per la seva banda. El Codi de família no exigeix expressament la imputabilitat subjectiva de la conducta al progenitor perquè pugui ser privat de la potestat, es limita a recollir la necessitat d'incompliment de deures.

Aquesta qüestió té una transcendència pràctica considerable en la mesura que influirà en la determinació de com afecta la institució de la potestat la incapacitat dels pares o la seva major o menor idoneïtat per a l'acompliment dels deures paternofilials.

Almenys en part, l'exigència de culpa subjectiva dels pares depèn de la configuració de la privació de la seva potestat com a sanció o com a mesura de protecció. L'aplicació d'una sanció requereix un judici d'imputació subjectiva; mentre que la fixació d'una mesura de seguretat emprà criteris d'imputació objectiva, no requereix ni tan sols un judici de causalitat.

En la mesura que s'accentua el caràcter sancionador de la privació de la potestat s'han d'aplicar els paràmetres culpabilistes i penals per apreciar-la. En aquest sentit, incompliment fa pensar en culpa subjectiva dels pares, que pot ser també per omissió. Així, alguns autors configuren la privació de la potestat dels pares com una sanció basada en el *descuit o desinterès* i diferencien les causes de la privació de la potestat dels pares de les que poden donar lloc al desemparament. Entenen que correspon la declaració de desemparament —i no la privació de la potestat— en els supòsits en què no hi ha negligència en la conducta dels pares que posa en perill a un menor d'edat.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Entén Bartolomé VARGAS CABRERA que l'expressió incompliment inclou els supòsits d'actitud culpable de desinterès o falta de la responsabilitat que s'ha d'exigir a un bon pare de família així com els de declaració d'incapacitat o absència (supòsits que abans de la reforma de 1981 determinaven la suspensió de la potestat). Per a aquest autor, l'art. 170 CC respon a cànons subjektivadores i només la declaració judicial d'incapacitat o absència excepciona el caràcter d'incompliment-sanció. Vid. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, p. 16 y 97.

En un sentit semblant, algun autor defensa que la privació de la potestat dels pares exigeix no sols la concurrència d'una causa objectiva —incompliment de deures inherents a la potestat dels pares— sinó, a més a més, l'existència d'un comportament o actitud negligent en el progenitor determinant de la seva imputabilitat.¹⁸⁶

No obstant això, s'ha d'assenyalar que la postura doctrinal anterior és cada cop més minoritària tant en la jurisprudència com en la doctrina.¹⁸⁷ S'imposa una interpretació de l'art. 136 CF que exclou un judici de culpabilitat i negligència en la conducta dels pares i que requereixi simplement la pura causació d'un dany, d'acord amb criteris d'imputació objectiva. En aquest cas, la imputació deriva del fet que els pares, en tant que titulars de la potestat, tenen una posició de garant respecte a l'adequat desenvolupament dels seus fills en ser titulars de deures jurídics de protecció.¹⁸⁸

Aquells casos en què el desenvolupament del subjecte beneficiari de la potestat dels pares ha patit un dany o es troba en perill i els titulars no poden o no volen evitar-ho, determinen que el fill sigui separat dels seus pares i aquests privats de la seva potestat, si aquesta mesura és adequada per apartar la situació de perjudici o risc per al menor. En l'àmbit de la privació de la potestat dels pares no es tracta de fer respondre a algú d'un dany. Es tracta d'imputar als pares una conducta que ha generat un dany en el seu fill menor d'edat i treure'ls la potestat com a mesura de protecció per al subjecte que ha patit la conseqüència danyosa.

El que ha de ser determinant per dictar sentència de privació de la potestat és l'entitat del perjudici que causa un incompliment dels titulars de la potestat dels

¹⁸⁶ Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ en *La privación de la patria potestad*, cit. p. 110.

¹⁸⁷ Vid. Josep FERRER I RIBA, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella...*, cit. p. 638 i ss, especialment p. 640. Isabel MIRALLES, "Comentari a la STS 24.4.2000", cit.

¹⁸⁸ El Codi civil i el Codi de família delimiten la funció social dels pares als efectes de criteris d'imputació. Vid. Pablo SALVADOR CODERCH, "Causalitat i responsabilitat" (versió actualitzada) juny 2002, p. 6 i 11, *InDret* 3/2002.

seus deures jurídics determina pel menor, no la caracterització d'aquest comportament. Si la privació de la potestat persegueix una finalitat tuitiva, l'anàlisi judicial es redueix a valorar la necessitat o no d'adoptar aquesta mesura amb vista a l'adequada protecció d'un menor. Aquesta sembla la doctrina de les últimes sentències del Tribunal Suprem sobre privació de la potestat.

Interlocutòria TS, 1a, 18.9.2001, MP Villagómez Rodil, ED 2001/38448, inadmeteix el recurs de cassació contra la SAP Biscaia 6.7.1999 que privava de la potestat a la mare que pateix una malaltia mental diagnosticada com a psicosi-esquizofrènica i que li suposa falta d'aptitud per al maneig personal i per a l'atenció de la seva filla menor d'edat. El Tribunal Suprem entén que és procedent la privació de la potestat per incompliment de deures inherents a la pàtria potestat i que *és indiferent que l'incompliment dels deures inherents a la pàtria potestat es produeixi per la pròpia voluntat del progenitor, o bé per una situació no imputable a aquest com pot ser el patiment d'una malaltia*, perquè l'art. 170 del CC no estableix cap distinció respecte d'això.¹⁸⁹

El Tribunal Europeu de Drets humans s'ha pronunciat també en la mateixa línia.

STEDH 13.7.2000, *Cas Scozzari i Giunta v. Itàlia*: mare que pateix trastorns de la personalitat que la incapaciten per atendre els seus dos fills. Un informe neuropsiquiàtric determina que els trastorns de la personalitat de la mare afecten indistintament l'esfera del coneixement, l'emocional i la relacional, dades que permeten inferir que es tracta d'un cas de persona "*border line*". El TEDH no aprecia violació de l'art. 8 CEDH en la resolució d'un tribunal italià que priva la mare de la potestat sobre els seus dos fills.

L'aplicació de criteris d'imputació objectiva fa possible privar els pares de la potestat sobre els seus fills per conductes que ells han realitzat,¹⁹⁰ per omissions¹⁹¹ o per comportaments de terceres persones sobre els seus fills. A més del problema de la culpabilitat dels pares pot plantejar-se el de la

¹⁸⁹ Vid. també SSTS, 1a, 24.4.2000, MP Sierra Gil de la Cuesta, RJ 2000\2982, 23.2.1999, MP Almagro Nosete, RJ 1999\1130, 5.3.1998, MP Fernández-Cid de Temes, RJ 1998\1495.

¹⁹⁰ Casos de maltractaments reiterats. STS, 2a, 30.5.2001, MP Bacigalupo Zapater, RJ 2001\6359.

¹⁹¹ Supòsits de desatenció o desinterès patent. STS, 1a, 24.4.2000, MP Sierra Gil de la Cuesta, RJ 2000\2982; STS, 1a, 23-2-1999, MP Almagro Nosete, RJ 1999\1130.

transcendència de la *conducta d'un tercer* en la privació de la potestat d'un progenitor. L'ordenament català es refereix a la conducta dels progenitors i no al·ludeix a la possible conducta d'un tercer¹⁹². La interpretació del supòsit de fet de la privació de la potestat dels pares d'acord amb els principis exposats anteriorment permetrien admetre aquesta possibilitat, en la mesura que la conducta del tercer tingui relació amb la dels progenitors que no han volgut o no han pogut evitar-la.¹⁹³

En la jurisprudència, he trobat aquest supòsit a la jurisdicció penal. La STS, 2a, 20.4.1995, MP Cotta Márquez de Prado, RJ 1995\2870, mare que consenteix que el seu amant violi i abusi sexualment de la seva filla de 13 anys d'edat. El Tribunal Suprem confirma la sentència de l'Audiència provincial que condemna a la mare com a autora cooperadora necessària en els delictes de violació i corrupció de menors i la priva de la pàtria potestat sobre la seva filla.

Aquesta interpretació dels textos legals que prescindeix d'un judici de culpabilitat en l'incompliment dels deures paternofilials està regulada expressament en altres ordenaments. El Codi civil alemany recull de forma expressa la referència a una conducta involuntària dels pares en la definició del supòsit de fet que permet privar els pares de la potestat sempre que es trobi en perill el benestar d'un menor (§ 1666 BGB).

El Tribunal Constitucional alemany ha defensat la constitucionalitat de la privació de la potestat dels progenitors sobre la base de *malalties mentals* que incapaciten per atendre adequadament els fills.

BverfG, 1 BvR 2006/98, de 22.8.2000: mare internada en un hospital psiquiàtric des del moment del naixement del seu fill no matrimonial. Poc després del naixement, l'administració assumeix la guarda del menor i, a l'any de néixer, es priva de la potestat a la mare i es transfereix a l'administració sobre la base que la seva malaltia psíquica la impedeix

¹⁹² A diferència d'altres ordenaments, com l'alemany (§ 1666 BGB), que fan referència tant a comportaments dels progenitors, com de tercers.

¹⁹³ La doctrina alemanya assenyala per a aquest supòsit la funció subsidiària de la intervenció estatal. En els casos de perill pel menor per una conducta d'un tercer, l'Estat ha d'afavorir que la funció de protecció l'exerceixin prioritàriament els progenitors. Vid. Dirk OLZEN, *Münchener Kommentar*, B. 8-II, 4. Auf. cit. § 1666, Rn 112-113 i Michael COESTER, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen IV*, Familienrecht, 13. Auf. Bearb. 2000, § 1666 Rn 152.

garantir el benestar del menor i que tampoc és possible la seva cooperació a les ajudes públiques. El *Landgericht* revoca la sentència de l'*Amstgericht* respecte de la privació de la potestat patrimonial i manté el pronunciament de la privació de la potestat personal. El Tribunal constitucional alemany confirma la sentència i assenyala a més a més que una separació del menor de la família acollidora amb què viu actualment implicaria un risc elevat i incalculable per al desenvolupament psíquic del menor.

També l'art. 378-1 CC fr. fa referència, al costat dels supòsits d'abandonament, a la negligència tant voluntària com involuntària dels pares.¹⁹⁴ A Itàlia, la jurisprudència exigeix només el *perjudici objectiu* per al menor sense necessitat d'esbrinar si concorre una conducta dolosa o culposa dels progenitors;¹⁹⁵ tot i que algun autor precisa que l'existència de culpa en els pares podrà influir en l'elecció i en la gravetat de la mesura que adopti el jutge.¹⁹⁶

Els ordenaments nord-americans, amb una redacció més casuística, també recullen supòsits que prescindeixen de la culpabilitat dels pares, com per exemple, la incapacitat mental —que inclou tant un coeficient intel·lectual baix com malalties mentals—. La causa de la privació de la potestat dels pares no és la mera presència d'aquestes circumstàncies personals en els progenitors, si no la seva relació amb la capacitat d'atendre adequadament als menors.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Hugues FULCHIRON, *Droit de la famille*, cit. p. 675.

¹⁹⁵ Assenyala Adele QUARONI, cit. p. 60, que en ser mesures de protecció, tutela i prevenció per al menor i no sancions a la conducta dels progenitors, el tribunal no ha de valorar si els pares han volgut o no produir amb el seu comportament un greu perjudici al menor, sinó si objectivament es verifica l'existència d'un perjudici per al menor, encara que aquest sigui conseqüència d'un comportament de bona fe dels pares. En aquest sentit, vid. la sentència de la Cort d'apel·lació de Perusa, 27.2.1997 que estableix que és suficient amb la constatació d'un perill objectiu per al menor per a la intervenció judicial, no es requereix en el progenitor la consciència de causar un dany als interessos del menor. SESTA també assenyala que anteriorment la doctrina considerava que la intervenció judicial requeria com a mínim la conducta almenys culposa dels pares.

¹⁹⁶ Vid. Sesta, *Trattato di Diritto Privato*, cit. p. 248.

¹⁹⁷ Ira MARK ELLMAN et al., *Family Law*, cit. p. 1348. Vid. la relació d'estats que contempnen com a causa de privació de la potestat la malaltia mental o la deficiència intel·lectual en: <http://www.calib.com/nccanch/pubs/sag/groundtermin.cfm>. Així, per exemple, Tennessee Code Annotated § 36-1-113. Termination of parental rights (g) (8) recull com a causa de privació de la potestat la incapacitat mental dels pares per atendre adequadament els seus fills; cal provar que no tingui possibilitats de millorar la seva situació física en un futur pròxim. En sentit semblant, Texas Family Code § 161.003 que requereix que la malaltia o deficiència mental faci incapaç al progenitor d'atendre les necessitats físiques, psíquiques i emocionals del seu fill i

2.6 Correlació entre la conducta del progenitor i el dany per al menor

Els ordenaments que exigeixen la constatació d'un perjudici per al menor, requereixen l'existència d'una correlació entre la conducta dels pares i el perjudici que pateix el menor. La correlació ja s'ha dit que ve determinada per criteris d'imputació objectiva: els perjudicis que es donen en el marc dels deures jurídics que s'imposen als pares, que els pares no vulguin o no puguin evitar i que sigui necessària la privació de la potestat perquè deixin de produir-se.¹⁹⁸

2.7 Criteris que moderen l'aplicació de la privació de la potestat

La privació de la potestat no és una conseqüència automàtica de la realització de determinades conductes, ni en l'ordenament civil, ni en el penal.¹⁹⁹ Requereix sempre els requisits del supòsit de fet —existència de causa—, però la seva aplicació depèn de l'arbitri judicial.²⁰⁰

que es prevegi clarament que aquesta situació es prolongarà fins que el menor arribi a la majoria d'edat; el menor ha de portar un mínim de sis mesos sota la custòdia de l'Administració i s'ha de provar que aquesta ha posat esforços raonables perquè el menor torni amb els seus pares i que la privació de la potestat sigui en interès del menor. Code of Laws of South Carolina § 20-7-1572, Termination of parental rights (6) requereix que aquesta condició del progenitor (tant malaltia mental com a dependència alcohòlica o a les drogues) li impossibiliti per donar una atenció mínimament acceptable al menor.

¹⁹⁸ Per a alguns, donada la naturalesa del que s'està valorant, no es tracta d'establir una relació de causalitat, sinó un nexa de relació entre la conducta dels progenitors i la situació del menor. Per a la doctrina italiana, vid. Maristella CERATO, *La potestà dei genitori. I modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, Giuffrè Editore, Milà, 2000, p. 166. Encara que assenyala que la major part de la doctrina prescindeixen d'aquesta correlació.

¹⁹⁹ Només en el delictes de tràfic de menors (art. 221 CP) s'imposa preceptivament la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat. Vid. Capítol III. La potestat dels pares en el procés penal.

²⁰⁰ Tant la doctrina com la jurisprudència han destacat que es tracta d'una mesura de caràcter discrecional, *Jurisprudència civil comentada. Código civil*, Miguel PASQUAU LIAÑO (direcció), Tomo I, Comares, Granada, 2000, "Comentario art. 170 CC", Milagros GARCÍA PASTOR, p. 772. José CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, Vol. 1º Familia cit. p. 820, assenyala que és una mesura en què ha de valorar-se la seva necessitat, oportunitat, i conveniència.

Els textos legals no recullen quins criteris han d'orientar al jutge en l'aplicació de la mesura de la privació de la potestat dels pares. A falta de criteris legals, la finalitat protectora de la mesura serà el punt de partida de la discrecionalitat judicial. En aquest sentit, només correspondrà la privació de la potestat dels pares si amb aquesta mesura s'aconsegueix protegir l'adequat desenvolupament d'un menor. La privació de la potestat ha de comportar un benefici per al menor.²⁰¹

Aquest criteri però, és massa general, perquè hi ha mitjans legals molt diversos que persegueixen també una finalitat protectora. L'opció per una o per altra dependrà en primer lloc del nivell de perill per al menor i del grau d'intrusió que suposi en la relació paternofilial.

Si es parteix de que, en general i en abstracte, l'àmbit idoni perquè un menor sigui educat és el de la seva família i més concretament la convivència amb els seus pares, el perjudici que estigui en situació de patir un menor només ha de poder ser evitat mitjançant la separació del menor dels seus pares i la consegüent exclusió de la seva influència sobre l'educació i atenció del menor.

La Llei Orgànica de Protecció del menor estableix la preferència de les mesures protectores que no suposin la separació del menor de la seva família (art. 11.2.b) LOPM) i assenyala que correspondrà la separació quan sigui *convenient* per a l'interès del menor. L'art. 5.3 LPMA recull aquest mateix principi.

El Tribunal Suprem al·ludeix en les seves decisions sobre aquesta matèria a alguns criteris orientatius, com ara la *necessitat* de la mesura, en els casos en què assenyala que la privació de la potestat dels pares resulta *indispensable*,²⁰² que hi ha *autèntica necessitat* de privar, o que resulta *innecessària*²⁰³ si la protecció del menor es canalitza per altres normes.

²⁰¹ Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ, *La privación de la patria potestad*, cit. p. 77.

²⁰² STS, 1a, 24.4.2000, MP Sierra Gil de la Cuesta, RJ 2000\2982.

²⁰³ STS, 1a, 24.5.2000, MP Gullón Ballesteros, RJ 2000\3941.

STS, 1a, 31.12.1996, MP Almagro Nosete, RJ 1996\9223: pare condemnat per parricidi del seu cònjuge. S'atribueix la guarda del fill a una tia materna, que demanda la privació de la potestat del pare. S'accedeix a la petició en les tres instàncies. El Tribunal Suprem parla d'autèntica necessitat de privar [de la potestat] a qui guiat dels seus arravataments i frustracions ha tret al seu fill un dels seus drets més transcendents. Segons el Tribunal Suprem, la privació de la potestat al pare més que una sanció al progenitor incumplidor és una mesura de protecció del nen en benefici de qual ha d'adoptar-se.

Un altre criteri a què es fa referència és el de l'adequació a la protecció del menor.²⁰⁴ Seran *adequades* les mesures que millorin objectivament la situació del menor. En aquest àmbit cal entendre —com ha establert el Tribunal Suprem alemany— que no s'han de fixar mesures judicials si els perjudicis d'aquestes sobre el menor són superiors de les què es derivarien de la no intervenció.²⁰⁵

En altres casos, es fa referència a la solució que *satisfà de la millor manera l'interès del menor*.²⁰⁶ A més a més, la jurisprudència exigeix l'oportunitat i la *conveniència* per a l'adequada salvaguarda de la persona i els interessos del menor, d'acord amb l'art. 3 CNUDN que recull el principi de l'interès superior del nen.²⁰⁷ En qualsevol cas, cal valorar els efectes que la privació de la potestat produirà en el menor i la situació en la que es trobarà després.²⁰⁸

SAP Lleida 2.6.2000: toxicòman que durant el seu procés de desintoxicació contreu matrimoni i té un fill. Posteriorment se separa judicialment i deixa de veure i atendre el seu fill durant un mínim 4 anys des que acaba el seu tractament de deshabitació. En el procés de

²⁰⁴ STS, 1a, 24.4.2000, MP Sierra Gil de la Cuesta, RJ 2000\2982.

²⁰⁵ BGH NJW-RR 1986, 1264,1265, cit. per Michael COESTER, *Staudingers Kommentar*, cit. § 1666, Rn 182.

²⁰⁶ STS, 1a, 23.2.1999, , MP Almagro Nosete, RJ 1999\1130.

²⁰⁷ STS, 1a, 25.6.1994, MP Ortega Torres, RJ 1994\6502.

²⁰⁸ Per aquest criteri opta la jurisprudència i doctrina nord-americana. Els ordenaments a més d'exigir la prova de l'existència de les causes que permeten instar la privació de la potestat estableixen que s'ha de tenir en compte l'interès del menor en què s'adopti una mesura d'aquest tipus. Vid., entre altres, Code of Laws of South Carolina Annotated § 20-7-768, Estàndards for termination of parental rights; exceptions. (C) (1). Igualment, Tennessee Code Annotated § 36-1-113. Termination of parental rights (c) (2). Alguns autors nord-americans ressalten els problemes emocionals que poden derivar-se de la privació de la potestat, vid. *Child, Family and State*, Robert H. MNOOKIN, Kelly D. WEISBERG, 2nd. ed. Little, Brown and Company, Boston, 1989, p. 165-166.

divorci, la sentència de 1a Instància suspèn temporalment la potestat del pare. L'AP la revoca en entendre que les circumstàncies actuals són propícies per a un restabliment de la relació del pare amb el seu fill. La privació de la potestat és una mesura excepcional fundada en causes greus i molt justificades *que comportin un gran perjudici per als fills* i que exigeix constatar també la raonable necessitat, oportunitat i conveniència de la seva adopció per a l'adequada salvaguarda dels interessos del menor. El motiu de la desatenció va ser el rigorós tractament de deshabitació i el període de reconstrucció personal del pare.

La doctrina alemanya recull al costat dels criteris anteriors el de la *proporcionalitat* i el d'intervenció *mínima*.²⁰⁹ El primer implica ponderar el dany potencial que pugui causar la mesura i els riscos que pot suposar per al menor la no-adopció d'aquella mesura.²¹⁰ El segon indica que s'ha de preferir la mesura de protecció més lleu, si és adequada per a la finalitat d'eliminar el perill per al menor.

El Tribunal Europeu de Drets humans aplica aquests criteris per enjudiciar la legalitat de les intervencions dels Estats en l'autonomia familiar. L'aplicació de mesures que suposen una agressió al dret a l'autonomia familiar -que recull l'art. 8 CEDH-, com són la separació del menor d'edat dels seus pares o la privació de la pàtria potestat exigeix no només la constatació que el desenvolupament del menor d'edat està en perill sinó també la ponderació del medi adequat per remoure-ho que impliqui una menor intervenció de l'Estat en l'autonomia familiar. Sempre que es consideri que altres mesures que no suposin la separació del menor dels seus pares són adequades per protegir al menor d'edat la privació de la pàtria potestat aquesta separació constituirà una violació de l'art. 8 CEDH.

STEDH 26.2.2002, *Cas Kutzner v. Alemanya* que considera que Alemanya

²⁰⁹ Michael COESTER, *Staudingers Kommentar*, cit. § 1666 Rn 181-185 i Dirk OLZEN, *Münchener Kommentar*, B. 8-II, 4. Auf. cit. § 1666 Rn 162-166.

²¹⁰ Així, per exemple, la resolució del BayObLG 26.2.1998 estableix que la privació de la potestat s'ha d'acordar si és adequada per millorar la situació del menor. En el supòsit de fet de la resolució no s'aprecia dèficit en l'atenció i atenció del menor de quatre anys d'edat per part de la mare; i la circumstància que la mare influenciada per un vici neuròtic no permeti la relació del menor amb el seu pare no justifica la privació de la potestat; al contrari, aquesta determinaria l'aparició de nous perills per al menor.

ha violat l'art. 8 CEDH: parella amb un coeficient intel·lectual baix tenen dues filles les quals, al seu torn, presenten un retard físic i intel·lectual. A instàncies dels pares, les nenes reben assistència social especialitzada i una assistent social supervisa la família. Davant les desavinences d'aquesta amb els pares emet un informe que es pren com a base per separar les nenes dels seus pares i, posteriorment amb un altre dictamen, per privar els pares de la pàtria potestat. Es decreta l'acolliment de les nenes en dues famílies distintes i s'impedeix la comunicació entre els pares i les seves filles. Amb la revocació de la privació de la potestat els pares demanen dret de visites, que se'ls concedeix: una hora al mes en presència de 8 persones. El TEDH entén que la mesura de la privació de la potestat dels pares és desproporcionada per a la finalitat que persegueix —la protecció de la salut, moralitat, drets i llibertats dels menors d'edat—. En efecte, té en compte que són els mateixos pares els que s'han preocupat de sol·licitar als serveis socials ajuda per a l'educació de les seves filles i que en cap moment s'ha provat que les menors hagin patit carències o maltractaments per part dels pares. Dels informes psicològics es desprèn que no hi ha perill per al benestar de les menors. Assenyala la sentència que el fet que els pares tinguin un coeficient intel·lectual baix no justifica que se'ls privi de la potestat sobre els seus fills si aquests no es troben en una situació de perill i és possible adoptar mesures que suposin una ingerència menor en l'autonomia familiar.

En els casos en què la iniciativa de la privació de la potestat és de l'Administració pública es podria plantejar la necessitat de que quedés provat que l'adopció d'altres mesures ha resultat infructuosa.²¹¹ El legislador alemany incorpora en el supòsit de fet de l'epígraf 1666 BGB que els pares no puguin o no vulguin evitar la situació de perill en què es troba el menor.²¹² Tant la LOPM

²¹¹ Així ho estableix el sistema americà de lleis federals més recents —Adoption and Safe Families Act (1997), en endavant ASFA i Child Abusi Prevention and Treatment Act (1996); respectivament 42 United States Code § 620-629a, 670-679 i 42 § 5101 ss— sobre benestar de menors. Aquestes lleis incentiven la inversió en assistència a la família per prevenir la separació del menor dels seus pares.

²¹² Les resolucions judicials no acostumen a fonamentar expressament la falta de voluntat o aptitud dels pares, sinó que del tipus de perill i de la seva permanència es dedueix l'escassa probabilitat d'un canvi de comportament en els pares. La doctrina assenyala com a element a tenir en compte per saber si els pares tenen aquesta voluntat o capacitat la seva predisposició a acceptar les ajudes públiques que preveu la Llei de protecció de la infància i de la joventut, §§ 16 a 60 KJHG: consell i suport en l'exercici de la potestat; tractaments educatius; acolliment en centres de dia; participació en grups de treball; ajuda sociopedagògica; educació en grups de dia o en centres d'acollida; cooperació en un pla d'ajuda establert per l'Administració pública; etc. Coincideix la doctrina a considerar que aquesta clàusula de subsidiarietat té especial rellevància en els supòsits de perill causat per la conducta d'un tercer i que en aquests casos l'Estat ha de propiciar en primer lloc que la funció de protecció sigui exercida pels pares del menor, Manfred HINZ, *Münchener Kommentar*, cit., § 1666, Rn 116-117 i Michael COESTER, *Staudingers Kommentar*, cit., § 1666, Rn 152.

—art. 11.2.b)— com la LPMA —art. 5.3— assenyalen que un dels principis rectors de l'actuació dels poders públics és el manteniment del menor en el medi familiar d'origen.

De forma semblant, l'ordenament anglès recull en la seccion 1 (5) *Children Law Act* (1989) el principi conegut com “*The Presumption of No Order*” que exigeix, per legitimar la intervenció de l'administració pública en l'àmbit de la potestat dels pares, la prova que l'actuació de l'administració serà millor per al menor d'edat que la seva inactivitat, a més que concorri la situació de necessitat o perill en el menor d'edat.²¹³

2.8 Aplicació de la mesura respecte a concebuts i no nascuts

Fins ara s'han tractat situacions en què un progenitor pot ser privat de la potestat com a conseqüència d'una situació de perill en un fill. Cal plantejar-se si és possible privar de la potestat sobre un fill concebut quan es donen la resta de les condicions per privar analitzades fins al moment.

El Codi de família català no esmenta expressament aquesta possibilitat. La doctrina ha discutit si poden adoptar-se mesures de protecció sobre el *nasciturus*, a falta de previsió expressa.²¹⁴ Respecte a l'ordenament civil comú, hi ha autors que entenen que les mesures de guarda assistencial, tutela *ex lege* i acolliment no poden aplicar-se a un *nasciturus*. En contra de l'aplicació de la normativa protectora de menors als concebuts s'al·lega, d'una banda, la impossibilitat legal d'adoptar als concebuts i no nascuts i, d'un altre, l'existència

²¹³ John EEKELAAR, “Parental responsibility: State of Nature or Nature of the State?”, 13 *Journal of Social Welfare and Family Law*, June 1991, p. 47.

²¹⁴ La constitució de l'adopció exigeix que el menor hagi nascut. És impossible adoptar al concebut i no nascut en la mesura que s'exigeix el transcurs d'un mínim de 30 dies des del naixement del menor perquè la mare pugui assentir a la seva adopció: art. 122.2 CF.

d'un conflicte irresoluble entre la llibertat de la mare i la salut del concebut.²¹⁵

El legislador català, a diferència del legislador del Codi civil, contempla la possibilitat que l'Administració pública adopti mesures de protecció respecte del “futur nadó” (art. 2 LPMA i art. 6 RPMA).²¹⁶ En l'ordenament català el *nasciturus* pot ser objecte d'una resolució de desemparament i, per tant, ex art. 164 CF i art. 3.2 LPMA, l'organisme competent assumirà les funcions tutelars sobre el *nasciturus*.²¹⁷ El caràcter preventiu de les mesures que s'adoptin en aquest cas i la situació física de dependència entre el menor i la mare determinaran el tipus de mesura que pugui establir-se. Evidentment, no podrà donar-se la guarda del *nasciturus* a una altra persona ni donar al concebut en acolliment. De l'enumeració de possibles mesures de protecció que conté l'art. 5.1 LPMA semblen aplicables a la situació del *nasciturus* “[l]a atenció en la pròpia família del menor, mitjançant ajudes de suport psicosocial, d'índole personal o econòmica, de l'Administració” i “[q]ualsevol altra mesura aconsellable, de caràcter assistencial, educatiu o terapèutic, en atenció a les circumstàncies del menor”.

Els ordenaments del nostre entorn cultural no contempen de forma expressa aquesta possibilitat, encara que la doctrina la discuteix en ocasions. A Alemanya, per exemple, la doctrina admet la possibilitat d'adoptar mesures de protecció dels *nascituri* si de la conducta dels progenitors es deriva un perill per

²¹⁵ Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO, *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, cit. p. 76. Aquest autor admet, respecte al *nasciturus*, la fixació de mesures de prevenció caracteritzades per la voluntarietat: constitució d'una guarda assistencial convencional *sui generis* l'objecte de la qual seria l'atenció i protecció de la persona de la futura mare.

²¹⁶ Art. 2.1. LPMA: “1. L'organisme competent a què es refereix l'article 1 ha de prendre les mesures necessàries per a assolir la protecció efectiva dels menors desemparats i, preventivament, abans de néixer, quan és prevegi clarament la situació de desemparament del futur nadó. [...]”. Art. 6 Decret 2/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el Reglament de protecció dels menors desemparats i de l'adopció (RPMA): “Qualsevol persona, especialment els professionals de la sanitat i els serveis socials, que tinguin coneixement d'una situació de desemparament o en què és prevegi raonablement la situació de desemparament d'un futur nadó, ho han de comunicar de forma immediata a la Direcció General d'Atenció a la Infància, a fi d'efectuar la coordinació oportuna amb la xarxa sanitària i els serveis socials, si escau, i poder adoptar les mesures procedents per fer efectiva la seva protecció.”

²¹⁷ Antoni VAQUER I ALOY, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella...*, cit. “Comentario art. 164 CF”, p. 749.

al concebut —ex.: drogoaddicció que determina l'addicció del nadó; lesions al fetus—; ara bé s'assenyala que aquestes actuacions hauran de respectar en la mesura que sigui possible el dret al lliure desenvolupament de la personalitat dels progenitors. Però la vinculació física entre mare i fill concebut justifica en part limitacions a la personalitat de la mare, encara que no pròpiament la privació de la potestat.²¹⁸

En canvi, als Estats Units algunes legislacions estatals contempnen la possibilitat de privar de la potestat sobre el concebut al progenitor que consumeix drogues al llarg de l'embaràs o que tingui dependència alcohòlica, sobre la base del risc per a la salut del propi menor que impliquen aquestes conductes. Ara bé, aquesta mesura s'aplica un cop el menor ha nascut; té en compte conductes de la mare durant l'embaràs però generalment requereix comprovar les conseqüències d'aquesta conducta sobre l'estat físic i psíquic del recent nascut.²¹⁹

El què s'ha assenyalat anteriorment porta a la conclusió que *no pot privar-se de la potestat sobre un nasciturus*. En primer lloc, difícilment es podrà privar d'una funció que requereix el naixement del menor per a la seva existència. A més, durant la gestació no hi ha possibilitat de privar de forma efectiva a la mare de la seva relació amb el menor.

En segon lloc, si es parteix que l'ordenament jurídic reconeix un àmbit de protecció civil i penal al *nasciturus*, poden fer-se dues precisions. La primera és

²¹⁸ Joachim GERNHUBER / Dagmar COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4. völlig neubearbeitete Auflage, C H. Beck, München, 1994, IX § 57, p. 898 i 903.

²¹⁹ Per exemple, § 161.001 Involuntary Termination of Parent-Child Relationship (1) (R) Texas Family Code: *The court may order termination of the parent-child relationship if the court finds by clear and convincing evidence: (1) that the parent has [...] (R) been the cause of the child being born addicted to alcohol or a controlled substance, other than a controlled substance legally obtained by prescription, as defined by Section 261.001. Illinois: 750 ILCS 50/1 d (K): "There is a rebuttable presumption that a parent is unfit under this subsection with respect to any child to which that parent gives birth where there is a confirmed test result that at birth the child's blood, urine, or meconium contained any amount of a controlled substance as defined in subsection (f) of Section 102 of the Illinois Controlled Substances Act or metabolites of such substances, the presence of which in the newborn infant was not the result of medical treatment administered to the mother or the newborn infant; and the biological mother of this child is the biological mother of at least one other child who was adjudicated a neglected minor under subsection (c) of Section 2-3 of the Juvenile Court Act of 1987".*

que s'ha d'harmonitzar la protecció del concebut —evitar la seva posada en perill actual o previsible—, amb la protecció del dret al lliure desenvolupament de la personalitat de la mare. En aquest sentit, l'objectiu serà aconseguir el major àmbit de protecció possible amb el mínim de restricció a la llibertat de la mare. En conseqüència, la protecció d'un *nasciturus* difícilment exigirà la privació de la potestat dels seus pares i, correlativament, no és admissible que es privi als progenitors abans d'arribar a adquirir pròpiament la pàtria potestat.

Si es tenen en compte els criteris de moderació de la discrecionalitat judicial analitzats en el punt 2.7 d'aquest capítol pot al·legar-se també com a argument contrari a la privació de la potestat dels pares del *nasciturus* que amb altres mesures menys intrusives que la privació de la potestat pot arribar-se a una protecció semblant a la que s'aconseguiria amb la privació de la potestat dels pares. La privació de la potestat dels pares durant la gestació del concebut no presenta avantatges comparatius respecte d'altres possibles mesures²²⁰.

3. Privació de la potestat dels pares en el procés matrimonial

La privació de la potestat d'un dels progenitors pot decretar-se en la sentència que posa fi a un procés matrimonial. En els casos de separació de fet, separació judicial o divorci dels progenitors en què un d'ells —habitualment, però no necessàriament qui té la guarda legal o de fet del fill menor d'edat— sol·licita la privació de la potestat de l'altre progenitor cal partir del pressupòsit habitual de què el menor està correctament atès pel progenitor que té la guarda d'aquest.

En la valoració de l'incompliment dels deures paternofilials cal tenir en compte d'una banda l'incompliment que ha tingut lloc abans de la sentència que posa fi

²²⁰ Altres mesures podrien ser la prescripció d'un tractament de desintoxicació o la prescripció d'un altre tipus d'ajuda terapèutica; o l'amonestació judicial.

a un procés i que requerirà les notes de gravetat i perillositat per al menor. Són freqüents les demandes de separació arran de la comprovació d'abusos sexuals del pare sobre algun fill menor d'edat que terminen amb la privació de la potestat al pare. En els processos matrimonials no es priva per maltractaments si no es proven danys que posin en perill el desenvolupament integral de la personalitat del menor.²²¹

En canvi, si s'al·lega incompliment de deures amb posterioritat a la separació es relaciona, com ja s'ha assenyalat, amb el desinterès del progenitor que no té la custòdia vers al seu fill. En aquests casos cal valorar la necessitat de privar de la potestat per protegir al menor. Freqüentment, si no concorren altres circumstàncies, no es priva de la potestat.

²²¹ SAP Barcelona 13.10.1998: en la demanda de separació la dona sol·licita la privació de la potestat del pare. Tant la S. JPI com l'Audiència fixen la pàtria potestat compartida entre els progenitors i no accedeixen a la petició de privació de la potestat atès que no s'han provat danys corporals, o psíquics que posin en perill els drets del menor per a un desenvolupament integral de la seva personalitat, ni exemples corruptors, o abús o excés d'autoritat en contra de la llibertat, i formació dels menors, així com tampoc greus incompliments dels deures inherents a la pàtria potestat.

Capítol III. La potestat dels pares en el procés penal

L'art. 136 CF estableix que pot privar-se de la potestat per sentència dictada en causa criminal. El Codi Penal vigent,²²² no obstant això, no contempla expressament la possibilitat de privar els pares de la potestat en un procés penal. El Codi penal regula la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat.

En canvi, el Codi penal de 1973 preveia expressament la possibilitat que els tribunals penals poguessin privar del dret de pàtria potestat per determinats delictes.²²³

Aquesta discordança terminològica planteja la necessitat d'estudiar diverses qüestions en aquest apartat. En primer lloc, s'analitza la regulació del Codi penal sobre la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat. En segon lloc, i com a conseqüència de l'anterior, s'ha de determinar si la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat i la privació de la potestat dels pares són institucions semblants i quina relació guarden entre si. Finalment s'estudia si el jutge en un procés penal pot privar de la potestat als pares.

²²² Llei orgànica 10/1995, de 23 de novembre, *BOE* núm. 281, de 24 de novembre de 1995; correcció d'errors en *BOE* núm. 54, de 2 de març de 1996.

²²³ Decret 3096/1973, de 14 de setembre, pel qual es publica el text refós del Codi Penal, *BOE* nos 297 a 300, de 12 a 15 de desembre de 1973. Art. 452 bis g) CP —disposició general aplicable a tots els delictes continguts en el Títol relatiu als delictes contra la llibertat sexual—, art. 487 CP—abandonament de família i de nens—, art. 489 bis CP —tràfic de menors i ús de menors per a la mendicitat—. L'art. 584 CP —falta per incompliment de deures inherents a la pàtria potestat— establia que els tribunals podien suspendre en l'exercici dels drets inherents a la pàtria potestat al progenitor del menor.

1. Regulació de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat: art. 39 i 46 CP

L'art. 39 CP recull entre les *penes privatives de drets* la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat i està contemplada al llarg del text legal ja amb caràcter preceptiu ja amb caràcter facultatiu:

“Són penes privatives de drets: [...] b) *Les d'inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic, professió, ofici, indústria o comerç, o dels drets de pàtria potestat, tutela, guarda o curatela, dret de sufragi passiu o de qualsevol altre dret.* [...]”.

L'art. 46 CP delimita l'abast de la inhabilitació per a l'exercici de la potestat dels pares:

“[L]a inhabilitació especial per a l'exercici de la pàtria potestat, tutela, curatela, guarda o acolliment, *priva al penat dels drets inherents a la primera*, i suposa l'extinció de les altres, així com la incapacitat per obtenir nomenament per als dits càrrecs *durant el temps de la condemna.*”

Abans d'entrar en la regulació concreta de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, i per poder interpretar-la adequadament, convé assenyalar quin és el fonament d'aquesta pena o mesura de seguretat. La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat és una pena privativa de drets que s'imposa al condemnat per protegir als perjudicats: la seva finalitat principal rau en la necessitat que el menor vegi protegit el seu desenvolupament personal enfront un deficient exercici dels deures d'educació de qui és responsable del menor.²²⁴

²²⁴ Laura POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, Colex, Madrid, 1998, p. 53. Cita a MORALES PRATS (“Fundamento político-criminal de la supresión de la pena de interdicción civil”, *RJC*, I-1986, p. 175.

1.1. Efectes de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat

Del text legal es desprèn que els efectes de la pena són semblants a les que es donen en la privació de la potestat dels pares. La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat implica la *pèrdua de l'exercici dels drets* que comporta la potestat dels pares, però *no priva dels deures* que corresponen en titular. El progenitor inhabilitat perd els drets però continua obligat pels deures que li imposa l'ordenament civil en tant que titular de la potestat. Tant el progenitor inhabilitat per a l'exercici del dret de pàtria potestat com el progenitor privat de la potestat dels pares perden els drets o facultats propis de la potestat dels pares però conserven els deures que comporta. A més a més, en ambdós casos, *no s'extingeix la potestat* respecte del progenitor. En canvi, el Codi penal, respecte les altres institucions de protecció del menor, preveu la seva extinció.²²⁵ La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat no comporta la pèrdua de la titularitat de la potestat, sinó que limita el seu exercici.²²⁶

*Les facultats del progenitor que es veuen afectades per la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat són bàsicament el dret de tenir el menor en la seva companyia, el dret d'educar-lo, així com el de representació i administració dels béns dels fills no emancipats.*²²⁷ En canvi, podria defensar-se que a aquest progenitor se'l reconeix una facultat d'informació i de control del procés educatiu del seu fill. El progenitor inhabilitat per a l'exercici del dret de pàtria potestat té també la possibilitat de conservar el dret de visites perquè el supòsit de fet de l'art. 135.1 CF permet incloure entre els progenitors que “no exerceixen la pàtria potestat” als inhabilitats per a l'exercici del dret de pàtria

²²⁵ Laura POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, cit, p. 56.

²²⁶ Afirmar literalment Jaime DE LAMO RUBIO que “es produeix una pèrdua de l'exercici de la pàtria potestat, però no s'extingeix la mateixa”, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 132.

²²⁷ Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Comentari art. 39 a 49 CP”, en *Comentarios al código penal* (dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL), Tomo III, Edersa, Madrid, 1999, p. 610-611.

potestat.²²⁸

Així mateix, la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat implica que *no hagi de requerir-se el consentiment del condemnat en aquells casos que sigui necessari respecte de l'educació dels seus fills*. A Catalunya per exemple, en els casos de delegació de la potestat dels pares d'un progenitor a l'altre si aquests viuen separats. En aquest àmbit, l'art. 139.4 CF regula la necessitat del consentiment del progenitor que no té l'exercici de la potestat per a decisions rellevants en l'exercici de la potestat —tipus d'ensenyament, variació de domicili i actes de disposició patrimonial extraordinaris—. Així com s'exclou l'aplicació de l'art. 139.4 CF en els casos en què un progenitor ha estat privat de la potestat,²²⁹ crec que s'ha d'excloure també la seva aplicació en els casos d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat. Encara que pogués defensar-se la necessitat del consentiment al no haver-se privat de la titularitat de la potestat sinó del seu exercici i a més a més donat que la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat és una mesura sempre temporal —el que porta a considerar que el titular passiu de la potestat dels pares té més que una expectativa a la recuperació de la potestat—, les conductes que han portat a la decisió judicial d'aplicació d'aquesta pena fan que no sigui raonable reconèixer-li un àmbit d'intervenció al progenitor respecte a qüestions rellevants en l'educació del menor.²³⁰

A l'inici d'aquest epígraf s'ha assenyalat que la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat *no incideix en la subsistència dels deures que comporta la potestat dels pares*. Per tant, el progenitor inhabilitat per a l'exercici del dret

²²⁸ Art. 135.1 CF: “El pare i la mare, encara que no tinguin l'exercici de la potestat, tenen el dret de relacionar-se personalment amb el fill o filla, excepte quan aquest hagi estat adoptat, o quan la llei o una resolució judicial no ho disposin altrament”.

²²⁹ Vid. Josep FERRER I RIBA, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella...*, cit. p. 675.

²³⁰ En la doctrina que estudia el Codi civil no es planteja aquest problema al no existir un precepte semblant a l'art. 139.4 CF: es constata la inexistència d'un precepte *ad hoc* i es reconeix al progenitor que no té l'exercici de la potestat, en cas de vida separada dels pares, un dret d'informació i la facultat d'acudir al jutge ex art. 158 CC, però en cap cas l'exigència de prestació de consentiment. Ana SEISDEDOS MUIÑO, *La patria potestad dual*, cit. p. 234. Margarita FUENTE NORIEGA, *La patria potestad compartida en el Código civil español*, cit. p. 293 y 306-311.

de pàtria potestat continua obligat a mantenir i alimentar el menor.²³¹

Com que el progenitor inhabilitat per a l'exercici del dret de la pàtria potestat no està privat de la potestat es podria discutir la necessitat del seu assentiment en un procediment d'adopció del menor. La necessària temporalitat de la mesura pot indicar que el condemnat ha de prestar assentiment a menys que es determini en un procés contradictori que el progenitor a més d'inhabilitat per a l'exercici de la potestat dels pares està sotmès a causa de privació de la potestat. En la pràctica —com es veurà més endavant— les conductes tipificades pel Codi penal que permeten aplicar la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat són reveladores d'un incompliment d'entitat dels deures paternofilials, que en la majoria dels casos implicaran la incursió en causa de privació de la potestat.

1.2 Durada de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat

La dicció literal de l'art. 46 CP, citat *supra*, permet dues interpretacions sobre la durada de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat. Pot deduir-se que es contempla sempre amb caràcter temporal o pot entendre's que no es pronuncia sobre aquest aspecte i que l'art. 46 CP només limita temporalment la incapacitat per obtenir el nomenament de càrrecs tutelars.

1.2.1 Caràcter temporal de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat i recuperació automàtica de la potestat dels pares

Per afirmar o negar el caràcter temporal de la inhabilitació per a l'exercici del

²³¹ Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Luis GRACIA MARTÍN (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 113-114.

dret de pàtria potestat cal tenir en compte, amb l'art. 46 CP, la resta dels preceptes del Codi penal que al·ludeixen a la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat. Els diferents tipus penals recullen sempre la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat per un termini. Per tant, en l'aplicació d'aquests preceptes en un procés penal, la sentència que inhabilita per a l'exercici de la pàtria potestat fixa la durada temporal de la inhabilitació, fins al màxim que contempli l'article del Codi penal que, en cada cas, permet o imposa la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat.

Una interpretació sistemàtica de l'ordenament, avalada per la jurisprudència, porta a entendre que l'art. 46 CP limita la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat al mateix temps de la condemna.²³²

No obstant això, una interpretació literal de l'art. 46 CP permetria defensar que aquest no determina la durada de la privació de l'exercici dels drets inherents a la pàtria potestat, per la qual cosa cabria presumir-la indefinida i la seva recuperació supeditada a declaració judicial, del jutge civil²³³ o declaració del jutge o tribunal penal que va imposar la pena.

En defensa d'aquesta postura s'acudeix a l'Avantprojecte de Codi Penal de 1992, l'art. 43 del qual recollia amb una formulació més clara la limitació de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat al mateix temps de la condemna.

Art. 43 Avantprojecte de Codi penal, 1992: “[L]a inhabilitació especial per a l'exercici de la pàtria potestat, guarda, tutela o curatela, priva al penat, durant el temps de la condemna, dels drets inherents a la primera, i

²³² S'han analitzat més de 60 SS TS, Sala 2a des de l'any 1993 fins al moment.

²³³ Isabel VALLDECABRES ORTIZ, “Comentario art. 46 CP”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tomás S. VIVES ANTÓN (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 330. Defiende también esta posición Jaime DE LAMO RUBIO, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 132: encara que admet que la limitació al “temps de la condemna” que conté la literalitat de l'art. 46 CP també s'aplica a la privació de la potestat. Segons aquest autor el jutge civil i en el procés civil corresponent ha de deixar sense efecte la pena imposada pel jutge penal. Del fet que el CP 1995 no digui res i de la normativa civil reguladora de la pàtria potestat, dedueix que aquesta no ha de ser automàtica.

suposa l'extinció d'aquestes últimes".²³⁴

El Codi penal vigent, al contrari, recull la limitació del temps de la condemna només al final de l'article, la qual cosa permet entendre que els efectes de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat són diferents quan es prediquen de la pàtria potestat i dels altres càrrecs tutelars (tutela, curatela, guarda o acolliment). En el primer cas —pàtria potestat—, es prescindeix d'introduir una limitació temporal i, en el segon cas —càrrecs tutelars—, el Codi penal estableix expressament que la incapacitat per obtenir el nomenament per als càrrecs es dona només durant el temps de la condemna. D'aquí es dedueix que la privació de la potestat dels pares és en principi indefinida i que la seva recuperació exigeix la intervenció del jutge.

Només una interpretació forçada de l'art. 46 CP, i aïllada de la resta del Codi penal, porta a limitar temporalment la pena d'incapacitat per obtenir el nomenament per a càrrecs tutelars i a excloure la limitació temporal de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat. Aquest article assenyala que la privació de l'exercici de la potestat té lloc durant el temps de la condemna —sense més precisions—, de la qual cosa es pot deduir que l'extinció de la pena deriva del transcurs del temps, sense que càpiga deduir l'exigència d'una resolució judicial per a l'extinció de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat del tenor literal de l'art. 46 CP.²³⁵

La temporalitat de la mesura implica la recuperació automàtica dels drets

²³⁴ Text publicat per la Secretaria General Tècnica, Centre de Publicacions, del Ministeri de Justícia, 1992.

Art. 46 CP vigent:

“La inhabilitació especial per a l'exercici de la pàtria potestat, tutela, curatela, guarda o acolliment, priva al penat dels drets inherents a la primera, i suposa l'extinció de les altres, així com la incapacitat per obtenir nomenament per a aquests càrrecs durant el temps de la condemna.”

²³⁵ Segons el Codi penal, suposen l'extinció definitiva de drets la inhabilitació absoluta i l'especial per a ofici o càrrec públic i així ho assenyalen expressament els respectius articles del Codi penal que les regulen. Inhabilitació absoluta: art. 41 CP “[...] produeix la privació definitiva de tots els honors, ocupacions [...]”. Inhabilitació especial per a ofici o càrrec públic: art. 42 CP “[...] produeix la privació definitiva de l'ofici o càrrec sobre el qual recaigués [...]”. Si en aquests dos casos el legislador és tan clar per què no havia de ser-ho respecte a la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat.

inherents a la potestat dels pares un cop transcorregut el temps de durada de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, en tant que el Codi penal no preveu requisits per a la rehabilitació dels drets que han estat objecte d'inhabilitació. No hi ha fonament legal que justifiqui la prolongació de la pena més enllà dels límits en què està imposada, d'acord amb el caràcter temporal de les penes.²³⁶

No cal exigir cap requisit addicional per a la rehabilitació de la potestat al del transcurs del temps de durada de la condemna, ja que res exprés o diferent assenyala el legislador penal. La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat és una institució penal que, com a tal, s'ha d'interpretar d'acord amb l'ordenament penal. L'art. 3.2 del Títol preliminar del Codi penal assenyala que no poden executar-se les penes en una altra forma que la prescrita per la Llei, ni amb altres circumstàncies o accidents que les expressades en el seu text.

El principi de legalitat que propugna el citat art. 3.2 CP ha d'excloure l'aplicació de la regulació civil sobre la recuperació de la potestat dels pares. Malgrat la possible semblança entre ambdues institucions —que es discuteix en l'apartat 2 d'aquest Capítol— cadascuna ha d'interpretar-se d'acord amb els principis del sector de l'ordenament en què s'integren. Per tant, no cal exigir que hagi de provar-se el cessament de la causa que va determinar la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, tal com prescriu l'art. 170.2 CC respecte a la privació de la potestat.

En favor de la recuperació automàtica de la potestat dels pares pot al·legar-se també la Disposició Addicional 2a CP. Aquesta preveu que, un cop acordada la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, es comuniqui a l'Autoritat competent de protecció de menors i al MF perquè es fixin les mesures de

²³⁶ Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR, en *Las Consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Luis GRACIA MARTÍN (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 121. En el mateix sentit, entén que complerta la pena, el penat pot tornar a exercitar el dret de la potestat dels pares, Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "Comentari art. 39 a 49 CP", cit.

protecció de menors necessàries.²³⁷

DA 2a CP: “[Q]uan l’Autoritat Governativa tingui coneixement de l’existència d’un menor d’edat o d’un incapaç que es troba en estat de prostitució, sigui o no per la seva voluntat, però amb anuència de les persones que sobre ell exerceixin l’autoritat familiar o eticosocial o de fet, o que li manquen aquestes, o aquestes el tenen en situació d’abandonament i no s’encarreguen de la seva custòdia, ho comunicarà immediatament a l’entitat pública que en el respectiu territori tingui encomanada la protecció de menors i al Ministeri Fiscal, perquè actuïn de conformitat amb les seves respectives competències. Així mateix, en els supòsits en què el Jutge o Tribunal acordi la inhabilitació especial per a l’exercici de la pàtria potestat, l’acolliment, la guarda, tutela o curatela, ho comunicarà immediatament a l’entitat pública que en el respectiu territori tingui encomanada la protecció dels menors i al Ministeri Fiscal perquè actuïn de conformitat amb les seves respectives competències.”

Sembla que el legislador hagi volgut evitar l’eventualitat que la limitació temporal de la inhabilitació per a l’exercici del dret de pàtria potestat i la seva extinció automàtica puguin determinar una protecció insuficient del menor en assenyalar expressament que es podran adoptar [altres] mesures de protecció del menor.²³⁸

L’execució de la pena d’inhabilitació per a l’exercici del dret de pàtria potestat es durà a terme mitjançant la notificació del jutge penal al jutge encarregat del Registre civil competent de la sentència penal en què consti la dita pena perquè s’efectuï la inscripció corresponent en el Registre Civil. Un cop transcorregut el termini de la pena, el jutge penal comunicarà al jutge encarregat del Registre civil l’extinció de la pena d’inhabilitació per a l’exercici del dret de pàtria potestat

²³⁷ Per a algun autor, aquesta disposició suposa el reconeixement d’efectes civils a la declaració del jutge penal, sense que sigui necessari que el jutge civil es manifesti respecte d’això. María ACALÉ SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos...* cit. p. 201.

²³⁸ No s’ha d’oblidar que la pena és una conseqüència del delictes específicament penal i que el seu fonament és “el delictes comès i els seus fins són els de la prevenció general —efecte intimidatori de la pena: funció eticosocial del dret penal— i especial —prevenció de delictes futurs del subjecte al que se li imposa; en la mesura que sigui possible s’ha d’orientar a la resocialització del delinqüent.—. Altres efectes diferents que eventualment pugui produir la pena —per exemple, la contenció de la perillositat de l’autor— tenen només un valor accessori i secundari i són, per tant, inesenciales”, Luis GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito.* cit. p. 34.

perquè es realitzi l'assentament de cancel·lació corresponent.

Encara que pugui assenyalar-se que, de *lege ferenda*, hagués estat preferible un sistema semblant al del 136.2 CF —que requereix que es provi el cessament de les causes que van motivar la privació de la potestat dels pares per permetre la seva recuperació—, en ser més protector dels drets dels menors²³⁹. No obstant això, de *lege data* és difícil sostenir la interpretació anterior que, d'altra banda, no troba cap ratificació en la jurisprudència. En el Codi penal vigent no hi ha penes amb terminis indefinits. Per això pot entendre's que la literalitat del Codi penal més que respondre a un oblit del principi d'unitat i cohesió de l'ordenament jurídic,²⁴⁰ és conseqüència d'una decisió de política legislativa que canvia radicalment el plantejament respecte del Codi penal anterior, ja que aquell preveia directament la possibilitat de privar de la pàtria potestat.²⁴¹

1.2.2. Acumulació de penes d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat

Respecte a l'abast temporal de la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat s'ha d'assenyalar que és possible aplicar diverses penes d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat a una mateixa persona, sempre que se l'hagi condemnat per diversos delictes que permetin la seva aplicació. L'art. 75 CP prescriu en aquests casos el compliment successiu de les penes.

Encara que no és freqüent en la jurisprudència que es fixin diverses penes d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, s'aconsegueix una

²³⁹ Manifesten expressament aquesta opinió Borja MAPELLI CAFFARENA i Juan TERRADILLOS BASOCO en *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996, p. 182.

²⁴⁰ Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ en *La privación de la patria potestad*, cit. p. 115.

²⁴¹ En la legislació anterior hi havia una remissió a institucions civils: la privació o la suspensió de la potestat. De fet la doctrina dubtava de la natura *penal* o civil d'aquestes conseqüències jurídiques. Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR, en *Las Consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit. p. 121.

major protecció per al menor o menors afectats per aquesta mesura en prolongar-se la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, si es compleixen les penes de forma successiva.

STS, 2a, 19.4.2000, MP Martínez Arrieta, RJ 2000\3045: mare condemnada com a autora, cooperadora necessària, de tres delictes d'abusos sexuals sobre la seva filla, de 9 anys d'edat, en donar el consentiment perquè els altres processats entrin a l'habitació de la seva filla amb la que tenen accés carnal. A la mare se li imposen tres penes de privació de llibertat de deu anys cadascuna, amb el límit màxim de vint anys i tres penes d'inhabilitació especial per a l'exercici del dret a la pàtria potestat per temps de sis anys.

1.3 Abast subjectiu de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat: a quins fills afecta?

El text de l'art. 46 CP no precisa si la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat afecta a tots els fills sotmesos a la pàtria potestat del condemnat o només a alguns. Aquest article es limita a assenyalar que la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat “priva al penat dels drets inherents a la [pàtria potestat]”.

La majoria dels tipus penals que preveuen la possibilitat d'inhabilitar per a l'exercici del dret de pàtria potestat es limiten a enunciar que el jutge podrà imposar la dita pena. Només el delicte de suposició de part, alteració de la paternitat, estat o condició del menor —art. 220.4 CP— recull una referència explícita als menors que poden resultar afectats per aquesta pena: els que han estat víctimes del delicte i, si escau, els altres fills.

La jurisprudència acostuma a exigir que hi hagi relació entre el tipus de conducta delictiva i els fills sobre els quals s'inhabilita per a l'exercici del dret de pàtria potestat. Aquesta postura s'acomoda a la finalitat de la pena i al principi

de la pena justa,²⁴² que exigeix que hi hagi relació entre l'activitat delictiva i el fill sobre el qual es vol inhabilitar per a l'exercici de la potestat. En aquesta línia, un sector de la doctrina entén que la imposició de la pena queda limitada als fills amb els que el delictes guarda relació i que la sentència ha de pronunciar-se sobre aquest extrem.²⁴³

STS, 2a, 6.7.2001, MP García Ancos, RJ 2001\6367: pare que abusa sexualment d'una fillastra és inhabilitat per sentència de l'Audiència Provincial per a l'exercici de la potestat sobre el seu fill menor d'edat. El Tribunal Suprem casa la sentència en entendre que no es pot inhabilitar per a l'exercici de la potestat sobre fills que ni són la víctima del delictes ni tenen relació amb l'activitat delictiva per la que el demandat és jutjat. El Tribunal Suprem també assenyala que el Ministeri Fiscal pot acudir a la via civil de la privació si considera que la conducta per la qual ha estat condemnat impedeix al pare exercir els seus deures paternofilials.

STS, 2a, 25.5.1995, MP Moyna Ménguez, RJ 1995\3917: pare casat i amb dues filles, abusa de la major des que té 6 o 7 anys d'edat, motiu de la separació dels cònjuges al cap de tretze anys, és condemnat com a autor de dos delictes de violació a 18 anys de presó per cadascú i absolt de cinc delictes d'agressió sexual.

Es priva el pare de la potestat sobre aquesta filla i no es fa referència a l'altra, que és de menor edat, potser perquè els pares estan ja separats en aquest moment i la menor viu amb la mare.

La seguretat jurídica exigiria que les sentències que imposen la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat concretessin sobre quins fills recau. En aquest sentit, en alguna ocasió, *obiter dictum*, la Sala segona ha assenyalat que la sentència ha de concretar a quines persones afecta la inhabilitació.²⁴⁴

²⁴² Segons la teoria de la pena de GRACIA MARTÍN, la pena troba el seu fonament en el delictes comès, però ha de ser, a més a més, necessària per evitar la comissió de delictes en el futur. Vid. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. cit. p. 60-61.

²⁴³ Isabel VALLDECABRES ORTIZ, "Comentari art. 46 CP", cit. p. 330.

²⁴⁴ STS, 2a, 30.5.2001, MP Sánchez Melgar, RJ 2001\4580: autor d'un delictes d'abusos sexuals sobre dos menors; una d'elles és de la seva família política (néta dels sogres). La S. AP li inhabilita per a l'exercici dels drets de la pàtria potestat. El Tribunal Suprem revoca la pena d'inhabilitació, en considerar que l'acusat no té la potestat sobre les menors. A més a més, assenyala la sentència que l'AP no ha raonat la inhabilitació per a l'exercici dels drets de la

No obstant això, en molts casos en què hi ha més fills del que ha estat víctima del delictes, la Sala segona del Tribunal Suprem en imposar la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat no concreta els fills que resulten afectats per la mesura.

Per exemple la STS, 2a, 19.2.2000, MP Prego de Oliver y Tolivar, RJ 2000\1141: pare —separat de fet de la seva dona— condemnat com a autor de tres delictes de violació del Codi penal de 1973 i un delictes d'agressió sexual sobre la seva filla. Els fets es produeixen entre els 7 i els 12 anys d'edat de la menor. La condemna és a tres penes de *divuit anys de reclusió menor* i una pena de *catorze anys de presó*, amb la limitació establerta en l'article 76 del Codi Penal, i inhabilitació per a l'exercici dels drets de pàtria potestat per temps de cinc anys, i a indemnitzar a la perjudicada en la suma de dos milions de pessetes. Té altres dos fills barons d'11 i 4 anys d'edat quan la germana tenia 12.

STS, 2a, 7.11.2000, MP García-Calvo y Montiel, RJ 2001\753: pare condemnat per un delictes continuat d'abusos sexuals sobre la seva filla (des que té 9 fins als 17 anys d'edat). Se'l condemna a 10 anys de presó i se li inhabilita per a l'exercici dels drets de pàtria potestat per sis anys. La filla té 25 anys en el moment de la STS i dos menys en el moment de la SAP El condemnat té dos fills més (noi i noia) no afectats per la conducta delictiva i sobre els quals la sentència no fa cap pronunciament. La STS sembla referir la inhabilitació exclusivament a la filla víctima del delictes.

De la mateixa forma, la STS, 2a, 7.6.2000, MP Bacigalupo Zapater, RJ 2000\6303: pare en tràmit de separació matrimonial i amb dos fills menors d'edat — una nena de 4 anys d'edat i un nen de 6 anys d'edat en el moment dels fets—autor d'un delictes continuat d'abusos sexuals consumats sobre la seva filla. És condemnat a 2 anys de presó i a la pena d'inhabilitació especial per a l'exercici de la pàtria potestat durant tres anys. A més se li imposa una indemnització a la seva filla de 5 milions de pessetes pel dany moral i les lesions psíquiques. La sentència indica que s'ha de remetre la sentència al Jutjat de família perquè, si escau, procedeixi a l'eliminació del dret de visites.

En defecte de precisió sobre aquest punt en una sentència, la pena s'ha d'entendre referida al fill menor d'edat que hagi estat la víctima del delictes; encara que hi ha altres autors que defensen el contrari i consideren que si la sentència no concreta sobre quins fills del penat recau la pena d'inhabilitació

pàtria potestat, tutela, curatela i guarda de menors, durant el temps de les condemnes privatives de llibertat, ni ha concretat a quines persones afecta aquesta inhabilitació.

per a l'exercici del dret de pàtria potestat s'ha d'entendre referida a tots els que estiguin sotmesos a la pàtria potestat.²⁴⁵

Des d'una interpretació restrictiva de la legislació penal, les penes o mesures que regula han de tenir relació amb la conducta delictiva, ja amb el subjecte actiu o passiu d'aquesta, ja amb els elements materials que l'han fet possible.²⁴⁶ De fet, es tracta de les conseqüències [jurídiques] del delictes, d'una infracció penal.

En general, no obstant això, el jutge no té per què ser tan estricte i, en atenció a les circumstàncies del cas pot fer extensiva la inhabilitació a menors que no han estat la víctima del delictes però que guarden relació amb l'activitat delictiva.

Una interpretació general que impliqués l'aplicació de la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat sobre tots els fills menors d'edat de l'autor del delictes o, fins i tot, que estengués la condemna als fills que el penat tingui amb posterioritat a la condemna²⁴⁷ pot donar lloc a resultats injustos. L'aplicació indiscriminada de la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat a tots els fills sotmesos a potestat no és sempre necessària per aconseguir la funció de prevenció especial de la pena. En aquest sentit, prevenció especial entesa com la protecció adequada per impedir noves agressions no sols sobre els fills que han estat víctimes sinó també sobre aquells que es troben en situació de risc d'arribar a patir-les.

En defensa d'una aplicació àmplia de la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat es considera que cal recórrer al criteri que recull l'art.

²⁴⁵ Jaime DE LAMO RUBIO, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, cit. p. 136-137.

²⁴⁶ Així s'entén el decomís dels béns robats o la retirada del permís de conduir o altres llicències —permís d'armes—.

²⁴⁷ Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. p. 114. Defensa l'aplicació d'un criteri semblant al recollit per l'art. 220.4 CP: “[...] podran ser castigats a més a més amb la pena d'inhabilitació especial per a l'exercici del dret de pàtria potestat que tinguessin sobre el fill o descendent suposat, ocultat, entregat o substituït, i, si escau, sobre la resta de fills [...]”. També defensa una imposició generalitzada de la pena Laura POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, cit. p. 56-57.

220.4 CP en tots els supòsits d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat i s'interpreta que la remissió que el legislador fa en aquest art. 220.4 CP a la "resta dels fills" permet incloure tots els fills amb independència de la seva relació amb l'activitat delictiva. Tampoc em sembla convincent referir la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat a qualsevol fill sotmès a la potestat del condemnat en atenció als tipus delictius que preveuen aquesta sanció ja que d'aquesta manera es prescindiria del judici d'oportunitat i sobretot del de la conveniència i necessitat de protecció que requereixin els altres menors.

Per aconseguir aquesta finalitat preventiva ha de tenir-se en compte que el tipus de delictes i les circumstàncies concurrents en cada cas influiran en la determinació de la relació de l'activitat delictiva amb tots o alguns dels fills sotmesos a la potestat del condemnat.²⁴⁸ Per exemple, l'edat i el sexe dels fills sotmesos a la pàtria potestat del condemnat, i que no són víctimes del delictes, pot tenir especial rellevància en delictes contra la llibertat i indemnitat sexuals. Així si és el pare el condemnat i els fills menors són nenes, s'inhabilitarà sobre totes, hagin estat o no víctimes del delictes.

STS 2a 27.1.2001, MP Martín Canivell, RJ 2001\191, pare condemnat per delictes d'abusos sexuals sobre la seva filla, quan aquesta comptava aproximadament amb 15 anys d'edat. Sobre la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, la sentència estableix: "[C]omo el reu té dues filles menors que la víctima d'aquests fets, correspon imposar-li inhabilitació especial de la pàtria potestat per temps de tres anys". La filla que ha estat víctima del delictes pel qual se li condemna ja ha assolit la majoria d'edat.

De la mateixa forma, i en atenció al tipus delictiu, en els delictes de violència domèstica s'ha defensat que el criteri que determina l'extensió de la mesura sigui la convivència en l'àmbit familiar.²⁴⁹

²⁴⁸ Vid. STS, 2a, 25.3.1996, MP García-Calvo y Montiel, RJ 1996\2192: en aquest cas, el pare maltracta exclusivament al major dels tres fills del seu matrimoni, concebut abans del matrimoni i considerat pel pare com "fill no desitjat".

²⁴⁹ Defensa aquest criteri respecte al delictes de maltractaments físics i psíquics habituals María ACALÉ SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos...* cit. p. 200-201.

Lògicament, la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat ha de recaure sobre fills menors d'edat, sotmesos a la potestat d'un o ambdós progenitors. De fet, no és infreqüent que els jutges tinguin en compte l'edat dels fills sotmesos a pàtria potestat en el moment de dictar sentència i que es fixi la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat pel nombre d'anys que li faltin al menor per aconseguir la majoria d'edat.^{250 251}

En altres casos, no obstant això, la resolució confirmatòria del Tribunal Suprem es dóna en un moment en què el menor afectat ja ha aconseguit la majoria d'edat.²⁵²

²⁵⁰ Algunes STS imposen un termini a la mesura d'inhabilitació que coincideix amb la majoria d'edat de la víctima del delictes. Per exemple: STS, 2a, 9.6.2000, MP Sánchez Melgar, RJ 2000\5253: pare condemnat com a autor de divuit delictes d'agressió sexual i tres delictes d'agressió sexual amb accés carnal sobre dues filles, menors d'edat en el moment dels fets, establint-se com a màxim de compliment efectiu el temps de vint anys. S'inhabilita per a l'exercici de la pàtria potestat sobre la filla que encara és menor d'edat al mateix temps de la condemna per dos anys, temps que coincideix amb els anys que resten perquè la filla arribi a la majoria d'edat. Altres sentències no tenen en compte el moment d'aconseguir la majoria d'edat, però apliquen la pena d'inhabilitació per a l'exercici de la potestat només respecte als descendents de l'autor que són menors d'edat: ex. STS, 2a, 3.4.2000, MP Giménez García RJ 2000\2512: pare condemnat per un delictes continuat d'abusos sexuals i un altre d'estupre sobre dues filles menors d'edat en el moment dels fets —entre 12 i 18 la primera filla, i 12 anys d'edat la segona—. Es condemna al pare a la pena de 4 anys de presó i quatre anys d'inhabilitació per a l'exercici de la potestat només respecte a la filla que és menor d'edat en el moment de la sentència d'instància.

²⁵¹ STS, 2a, 19.2.2000, MP Prego de Oliver y Tolivar, RJ 2000\1141: pare, separat de fet de la seva dona, condemnat com a autor de tres delictes de violació i un altre d'agressió sexual sobre la seva filla —des que aquesta té 7 anys d'edat fins als 12— a la pena màxima de 20 anys de presó i inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat . El condemnat té també dos fills barons menors d'edat. La sentència no estableix expressament si la pena d'inhabilitació afecta els tres fills o només a la menor víctima dels delictes. La pena s'imposa per un termini de cinc anys, que és el temps que li resta a la filla des de la primera sentència per aconseguir la majoria d'edat.

²⁵² STS, 2a, 17.11.2000, MP García Ancos, RJ 2000\9742: Pare condemnat per un delictes continuat d'abusos sexuals sobre la seva filla i sobre una altra menor, per fets que s'inicien quan la filla té 11 i fins als 12 anys d'edat. La filla té 19 anys en el moment de la STS i 18 en el de la SAP i s'inhabilita de la potestat per 6 anys i se li condemna a 4 anys de presó. STS, 2a, 7.11.2000, MP García-Calvo y Montiel, RJ 2001\753: Pare condemnat per un delictes continuat d'abusos sexuals sobre la seva filla (des que té 9 fins als 17 anys d'edat). Se li condemna a 10 anys de presó i se li inhabilita de l'exercici del dret de la potestat per sis anys. La filla té 25 anys en el moment de la STS i dos menys en el moment de la SAP El condemnat té dos fills més

1.4 Qualificació jurídica de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat

La inhabilitació per a l'exercici de la potestat està recollida en el Codi penal com a pena principal (a), com a pena accessòria (b) i com a mesura de seguretat (c).

1.4.1 La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat com a pena principal

a) Tràfic de menors: art. 221 CP

La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat com a pena principal apareix recollida amb caràcter preceptiu només respecte al delicte de tràfic de menors (art. 221 CP). A aquest tipus delictiu li correspon una pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat de 4 a 10 anys i la de presó d'1 a 5 anys.²⁵³

Amb caràcter facultatiu —que queda a l'arbitri judicial— pot imposar-se la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat davant determinats delictes:

b) Delictes contra la llibertat i indemnitat sexuals: art. 178 a 190 CP

Els delictes contra la llibertat i indemnitat sexuals estan recollits en el Títol VIII del Llibre II del Codi Penal, art. 178 a 190 CP.²⁵⁴

(noi i noia) no afectats per la conducta delictiva i sobre els quals la sentència no fa cap pronunciament. La STS sembla referir la inhabilitació exclusivament a la filla víctima del delicte.

²⁵³ Des de l'entrada en vigor del Codi penal de 1995 no hi ha jurisprudència sobre aquest delicte.

²⁵⁴ Modificat per la Llei Orgànica 11/1999, de 30 d'abril, de Reforma del Codi penal. *BOE* núm. 104, d'1 de maig de 1999. Comprèn els Capítols següents: I. De les agressions sexuals; II. Dels abusos sexuals; III. De l'assetjament sexual; IV. Dels delictes d'exhibicionisme i provocació sexual; V. Dels delictes relatius a la prostitució i corrupció de menors i VI. Disposicions comunes als capítols anteriors.

L'art. 192.2 CP estableix la possibilitat que el jutge imposi, en les condemnes relatives a tots els delictes del Títol VIII, “raonadament, a més a més, la pena d'inhabilitació especial per a l'exercici dels drets de la pàtria potestat, [...] pel temps de sis mesos a sis anys”.

Conforme al text legal, la jurisprudència rebutja la imposició automàtica de la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat en aquests delictes i exigeix que la sentència que la imposi raoni la imposició d'aquesta pena;²⁵⁵ aquesta queda, en definitiva, sotmesa a la discrecionalitat judicial que valora la imposició d'aquesta pena.²⁵⁶

STS, 2a, 20.7.2001, MP García-Calvo y Montiel, RJ 2001\7295: pare que abusa sexualment de les seves dues filles, de 8 i 5 anys d'edat, durant els períodes de visites, així com de la filla de la seva actual parella de fet i d'un cosí d'aquesta. La companya denuncia els fets. El TS el condemna com a autor de quatre delictes continuats d'abusos sexuals, a la pena de vuit anys i sis mesos de presó, per cadascun dels delictes de què van ser subjectes passius les seves filles, i a la pena de set anys de presó per cadascun dels delictes de què van ser subjectes passius els altres dos menors. Confirma el pronunciament de l'Audiència que imposava la privació del dret de pàtria potestat sobre les seves filles per temps de sis anys, termini que coincideix amb l'adquisició de la majoria d'edat de la més petita.

²⁵⁵ La STS, 2a, 30.5.2001, RJ 2001\4580 deixa sense efecte la mesura al no motivar la sentència la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, a més de no assenyalar a quins menors afectava la mateixa. L'autor del delicte l'ha comès sobre menors que no eren fills seus. La Sentència d'instància no només imposava la inhabilitació de l'exercici del dret de potestat, sinó també la incapacitat per assumir càrrecs tutelars. El raonament de la sentència de l'Audiència Provincial hagués fet que almenys aquest extrem es mantingués. El de la potestat no, perquè no es dedueix del text de la sentència que el condemnat tingui fills menors d'edat.

²⁵⁶ STS, 2a, 26.4.2000, MP Martín Pallín, RJ 2000\3737: Pare, separat legalment de la seva dona, que abusa sexualment de dues filles menors —de 3 i 8 anys d'edat, respectivament, en el moment dels fets— junt amb un altre amic seu. El pare és condemnat com a responsable de quatre delictes continuats d'abusos sexuals a la pena de nou anys de presó per cadascun d'ells, inhabilitació especial per a l'exercici dels drets de la pàtria potestat pel temps de sis anys i prohibició de tornar a la ciutat de Barcelona per temps de cinc anys, 4 milions d'indemnització. STS, 2a, 27.9.1999, MP Delgado García, RJ 1999\7051: pare condemnat per abusos sexuals sobre la seva filla i la seva neboda (d'aproximadament 11 anys d'edat) a la pena de presó i d'inhabilitació per a l'exercici dels drets de pàtria potestat per sis anys: aquí la durada també coincideix amb l'aconseguir la majoria d'edat de la filla víctima del delicte. STS, 2a, 23.3.1999, MP Conde-Pumpido Tourón, RJ 1999\2676: pare condemnat com a autor d'un delicte continuat d'abús sexual —sobre la seva filla de 7 anys d'edat en el moment dels fets— a la pena de dos anys de presó i com a autor d'un altre delicte d'abús sexual —sobre la seva filla de 3 o 4 anys d'edat en el moment dels fets— a la pena d'un any de presó, amb la d'inhabilitació especial durant sis anys per a l'exercici dels drets de la pàtria potestat.

Els tribunals han rebutjat, en condemnar per aquests delictes, la imposició de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, en tenir en compte que la jurisdicció civil havia intervingut prèviament per protegir els interessos del menor. D'aquesta manera es limita l'aplicació de la pena, d'acord amb la seva finalitat, als casos en què realment serà una mesura protectora.

STS, 2a, 7.11.2000, MP Martínez Arrieta, RJ 2000\8932: pare condemnat per un delicte continuat d'abusos sexuals sobre la seva filla, de 9 anys d'edat, durant els períodes de visites. Malgrat que la mare demana la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, el TS confirma la S. AP que rebutja aplicar la inhabilitació sol·licitada sobre la base que la jurisdicció civil ja havia adoptat mesures respecte d'això i que aquesta ofereix majors garanties per atendre els aspectes essencials dels drets que s'engloben a la pàtria potestat. Se'l condemna a la pena d'un any i 10 mesos de presó. Així mateix, se'l condemna a què aboni i asseguri en benefici de la seva filla la suma de 2.000.000 de ptes. de la que no podrà disposar cap dels seus progenitors excepte amb autorització judicial.

Una altra causa que motiva la inaplicació de la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat és la falta de convivència habitual entre l'autor del delicte i els seus fills menors. Així, quan el delicte es comet en període de visites i la guarda està encomanada per sentència al progenitor no delinqüent.²⁵⁷ En aquest supòsit caldrà valorar les mesures sobre la potestat dels pares fixades en el procés matrimonial, si la potestat sobre els fills menors d'edat s'atribueix conjuntament a ambdós cònjuges o a un d'ells. En el cas que la potestat dels pares s'atribueixi a ambdós progenitors i la guarda en exclusiva a un d'ells continuarà sent convenient aplicar la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat.

STS, 2a, 9.10.2000, MP Jiménez Villarejo, RJ 2000\9958: pare que abusa sexualment de la seva filla de sis anys d'edat durant els períodes

²⁵⁷ Altres sentències en què no s'inhabilita malgrat l'existència de delicte però no queda clar el motiu: STS, 2a, 11.10.1999, MP Granados Pérez, RJ 1999\7029: pare condemnat per un delicte d'agressió sexual sobre el seu fill de 14 anys d'edat en el moment dels fets i un altre delicte d'abusos sexuals sobre la seva filla de 10 anys d'edat en el moment dels fets a la pena de deu anys de presó, per a cadascun d'aquests delictes, amb la prohibició durant cinc anys d'acudir al lloc de residència, també per cada delicte. No es diu ni es demana res sobre la pàtria potestat del pare: denúncia la mare en assabentar-se dels fets. La mare ha iniciat els tràmits de separació matrimonial.

de visites, amb la complicitat de la seva companya sentimental. És condemnat com a autor de dos delictes d'abusos sexuals a la pena de nou anys de presó per cadascun d'ells i a pagar una indemnització de 8 milions a la seva filla. Es condemna a la companya sentimental com a còmplice dels dos delictes a una pena de dos anys de presó per cadascun d'ells. En el procés no es discuteix sobre la inhabilitació al pare per a l'exercici del dret de pàtria potestat de la seva filla.

La jurisprudència, no obstant això, no ha seguit sempre aquests criteris. Així per exemple la STS, 2a, 7.6.2000, MP Bacigalupo Zapater, RJ 2000\6303 inhabilita per a l'exercici del dret de pàtria potestat encara que els abusos s'han donat en període de visites i ordena remetre testimoni de la sentència al Jutjat de Família perquè la tingui en consideració, si escau, en relació amb la supressió del règim de visites. També la STS, 2a, 26.1.1999, MP Móner Muñoz, RJ 1999\949 imposa la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat al pare —separat de la seva parella de fet amb qui havia tingut dos fills— que abusa dels menors quan els té sota la seva guarda.

La durada de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat no està necessàriament en relació amb la durada de la pena de presó que si escau s'hagi imposat, sinó que els tribunals, fins al límit legal de sis anys, tenen en compte l'edat del menor afectat per la pena.²⁵⁸

STS, 2a, 31.7.2001, MP Martín Canivell, RJ 2001\8499: pare que abusa sexualment d'una de les seves dues filles des que aquesta té 7 anys d'edat. Es separa de la seva dona i, tot i que inicialment la menor queda sota la guarda de la mare, quan la menor té 15 anys d'edat se'n va a viure amb el pare. La STS confirma el pronunciament de l'Audiència que condemna al pare com a autor d'un delicte continuat d'abús sexual inconscient a la pena de deu anys de presó i a pagar 8 milions d'indemnització a la filla. S'acorda privar el pare del dret de pàtria potestat en relació a la seva filla pel temps que resta. No s'indica res de la potestat sobre l'altra filla.

²⁵⁸ STS, 2a, 9.7.1999, MP Bacigalupo Zapater, RJ 1999\5612, pare condemnat com a autor de dos delictes continuats d'abusos sexuals, executats sobre els seus dos fills menors d'edat — filla de 5 anys d'edat en el moment dels fets i fill de 7 anys d'edat en el moment dels fets—, a la pena d'un any i tres mesos de presó per cadascun d'ells i a la pena d'inhabilitació especial per a l'exercici dels drets de la pàtria potestat sobre els seus fills —Aida i Adei— per temps de sis anys. La pena d'inhabilitació s'extingeix quan la filla tingui 15 anys d'edat. Una altra sentència, STS, 2a, 28.6.1999, MP García-Calvo i Montiel, 1999/6110 RJ: Pare amb tres filles menors d'edat condemnat per delicte continuat d'abusos sexuals a la pena de catorze anys i sis mesos de presó i la privació de l'exercici de la pàtria potestat (sic) durant tres anys; en extingir-se la pena d'inhabilitació la menor tindrà 17 anys d'edat.

En el delictes de corrupció de menors s'insta al Ministeri Fiscal a què privi de la pàtria potestat als seus titulars.

Art. 189 CP: “4. El que tingués sota la seva potestat, tutela, guarda o acolliment, a un menor d'edat o incapaç, i que, amb coneixement del seu estat de prostitució o corrupció, no faci el que pugui per impedir la seva continuació en aquest estat, o no acudeixi a l'autoritat competent per a la mateixa finalitat si li manquen mitjans per a la custòdia del menor o incapaç, serà castigat amb la pena de multa de sis a dotze mesos. 5. El Ministeri Fiscal promourà les accions pertinents a fi de privar de la pàtria potestat, tutela, guarda o acolliment familiar, si escau, a la persona que incorri en alguna de les conductes descrites en l'apartat anterior.

Em sembla supèrflua i criticable aquesta disposició. Supèrflua perquè amb independència d'una previsió d'aquest tenor, el Ministeri Fiscal està legitimat en qualsevol cas, sempre que apreciï l'existència de causa suficient, per iniciar un procediment de privació de la potestat. Criticable, perquè no s'entén a què obeeix la diferència de tracte del legislador entre aquest delictes i els altres delictes contra la llibertat i indemnitat sexuals. Tindria més sentit aquesta previsió en el Capítol de Disposicions comunes a tots els delictes, al costat de la que permet imposar la pena d'inhabilitació per a l'exercici de dret de pàtria potestat.

El Codi penal de 1973 en el seu art. 452 bis g) preveia com a disposició general aplicable a aquests delictes que “[e]l Tribunal sentenciador podrà a més a més privar els culpables de la pàtria potestat i tutela”. Es discutia la natura d'aquesta privació de la pàtria potestat i de forma majoritària s'entenia que es tractava de mesures cautelars de caràcter civil o bé de mesures de perillositat postdelictuals.²⁵⁹

Les sentències que han tingut dret a revisió per adaptar el seu fallo*** al Codi penal de 1995 han assenyalat que ja no correspon la privació de la potestat dels pares sinó la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat. Per exemple, STS, 2a, 1.4.1997, MP Soto Nieto, RJ 1997\2922: pare condemnat per l'AP com a autor de tres delictes violació, d'altres tres delictes també de

²⁵⁹ Laura POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, cit. p. 53-54, nota 106.

violació i d'altres tres delictes de violències físiques habituals és privat de la pàtria potestat respecte dels seus tres fills menors. El TS estableix que correspon la revisió i que en comptes d'aplicar-se l'art. 452 bis g) CP 1973 que preveia la possibilitat de privar els pares de la potestat ha d'aplicar-se l'art. 192.1 CP 1995 que permet inhabilitar el pare per a l'exercici del dret de pàtria potestat pel temps que determini l'Audiència.

- c) Delictes de suposició de part, ocultació o lliurament o substitució per alterar la filiació: art. 220, 221 CP

L'art. 220.4 CP permet imposar als ascendents que cometessin aquests fets delictius la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat de 4 a 10 anys sobre el fill o descendent suposat, ocultat, lliurat o substituït i, si escau, sobre la resta de fills o descendents.

Aquest és l'únic supòsit en què de forma expressa s'admet que la pena s'imposi en relació amb menors que no són la víctima del delicte.

- d) Delicte d'incompliment de deures legals d'assistència inherents a la pàtria potestat: art. 226 CP

L'art. 226 CP permet imposar motivadament la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat per temps de 4 a 10 anys.²⁶⁰

- e) Delicte d'abandonament de menors i delicte d'utilització o tràfic de menors per a la mendicitat: art. 229 a 232 CP

L'art. 233 CP preveu la imposició als responsables dels delictes previstos en els

²⁶⁰ SAP Balears 28.12.1999, ARP 1999\5304: inhabilita per cinc anys a un pare que dona la seva filla a una parella que gairebé no coneix. La policia troba la nena en unes condicions higièniques deplorables: plena de paràsits i amb un retard educatiu important. El pare s'havia desentès totalment de la menor. Condemna a 12 caps de setmana de privació de llibertat i inhabilitació de 5 anys per a l'exercici del dret de pàtria potestat.

art. 229 a 232 CP de la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat de 4 a 10 anys si s'estima oportú en atenció a les circumstàncies del menor.²⁶¹

El delicte d'abandonament de menors o incapaços no requereix l'abandonament maliciós del domicili o la conducta desordenada, ni exigeix que l'assistència deixada de prestar fora la indispensable.²⁶² Aquest delicte es configura com una norma penal en blanc que ha d'integrar-se amb el Codi civil: fa referència a l'incompliment de deures d'ordre ètic, moral, espiritual o econòmic.²⁶³ És delicte d'abandonament deixar un menor de poca edat desatès: no donar-li de menjar o deixar-lo sol a casa. També constitueix delicte obligar a un menor de 13 anys d'edat a pidolar.²⁶⁴

STS, 2a, 4.10.2001, MP Martínez Arrieta, RJ 2001\8573: mare —addicta a estupefaents— que deixa el seu fill de dos anys a casa, sense assegurar-se que queda a càrrec d'algú. Els veïns avisen a la policia, que es troba el menor al replanell de l'escala, mig nu, famolenc i en deplorables condicions higièniques. Traslladat a l'hospital, els metges diagnostiquen el menor d'edat maltractament infantil per omissió de cures La Comunitat del Madrid assumeix la seva tutela l'endemà dels fets. Es condemna a la mare com a autora d'un delicte d'abandonament temporal d'un menor a la pena de nou mesos de presó, amb l'accessòria d'inhabilitació especial per a l'exercici de la pàtria potestat per temps de set anys.

En canvi, que el pare sigui captaire no implica un delicte d'abandonament²⁶⁵ i

²⁶¹ No s'aplica, en canvi, al delicte d'impagament de pensions (art. 227 CP), també regulat en la mateixa Secció *De l'abandonament de família, menors i incapaços*.

²⁶² Es tracta d'un delicte permanent, que només es persegueix a instància de part. La reforma del Codi penal de 1989 va suprimir l'incís "podent fer-ho" en considerar-se un aclariment superflu en quant no cometrà delicte qui estigui impossibilitat per al compliment de tals deures.

²⁶³ José María LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, cit. p. 119 y Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. p. 295.

²⁶⁴ STS, 2a, 12.4.1999, MP Puerta Luis, RJ 1999\3114: en aquest cas la menor d'edat no és descendent dels autors del delicte, per la qual cosa la sentència no es pronuncia sobre la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat.

²⁶⁵ S. AP. Ciudad Real, 13.7.1998, ARP 1998\3568.

tampoc que els nens estiguin amb ell mentre pidola,²⁶⁶ ni tampoc la pobresa extrema d'un pare que li obliga a viure en albergs,²⁶⁷ tampoc utilitzar a un fill de 16 anys d'edat per traficant amb droga.²⁶⁸

No s'entén per què es recull només en aquests casos que l'aplicació d'aquesta pena s'ha de realitzar tenint sempre en compte els interessos del menor. Malgrat aquesta omisió en els altres tipus delictius, poden assenyalar-se dos motius per què ha d'entendre's que efectivament els jutges cal que ponderin l'interès dels fills menors sotmesos a pàtria potestat en la fixació o no de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat. En primer lloc un argument legal, amb rang de Llei Orgànica igual que el propi Codi penal. Segons la LOPM, els jutges en aplicar disposicions legals relatives a menors ha d'atendre principalment a l'interès superior del nen.²⁶⁹ En segon lloc, el fonament de prevenció especial que té aquesta pena, com s'ha assenyalat anteriorment.

En tots els casos d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat com a pena principal —ja preceptiva, ja facultativa—, la seva durada no està vinculada a la de les altres penes imposades al delicte corresponent —pena de presó, pena de multa, d'arrest de cap de setmana— sinó que pot prolongar-se fins al màxim recollit pel Codi penal.²⁷⁰

²⁶⁶ STS, 2a, 10.11.2000, MP Granados Pérez, RJ 2000\9290: major d'edat que pidola portant en braços a un menor de dos mesos i acompanyat d'un altre de quinze mesos.

²⁶⁷ S. AP. Cadis, 30.6.1998, ARP 1998\3257.

²⁶⁸ STS. 2a, 15.9.2000, MP Sánchez Melgar, RJ 2000\7945.

²⁶⁹ L'art. 3.2 LOPM estableix que les disposicions legals relatives a menors s'interpretaran d'acord amb la CNUDN i aquesta conté en el seu art. 3.1 la referència a l'interès superior del nen.

²⁷⁰ En alguns casos podria arribar-se a la privació de la potestat dels pares definitiva d'acord amb el Codi civil. J. J. BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 233.

1.4.2 La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat com a pena accessòria: art. 56 CP

Art. 56 CP. “En les penes de presó de fins a deu anys, els Jutges o Tribunals imposaran, atenent a la gravetat del delicte, com a penes accessòries alguna de les següents: suspensió d'ocupació o càrrec públic, inhabilitació especial per al dret de sufragi passiu durant el temps de la condemna, o inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic, professió, ofici, indústria o comerç o qualsevol altre dret, si aquests haguessin tingut relació directa amb el delicte comès, havent de determinar-se expressament en la sentència aquesta vinculació”.

La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat és una de les possibilitats que s'inclou en l'inhabilitació especial per a qualsevol dret relacionat directament amb el delicte comès.²⁷¹ Per tant, la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat pot ser una pena accessòria respecte de les penes de presó de fins a deu anys, si es donen els requisits que recull l'art. 56 CP:²⁷² la gravetat del delicte i la relació directa del dret [de potestat dels pares] amb el delicte comès.

Interpretat literalment, l'art. 56 CP imposa la pena accessòria d'inhabilitació especial si es dóna la relació directa entre delicte comès i el dret per al que s'inhabilita. Seria, per tant, d'imposició preceptiva sense que quedi a la discrecionalitat judicial la imposició o no d'aquesta pena accessòria.²⁷³ Des d'una perspectiva pràctica, aquest caràcter preceptiu ha de conjugarse amb el principi acusatori i de congruència penal, per la qual cosa el jutge imposarà aquestes penes accessòries si s'han sol·licitat expressament i s'han motivat els

²⁷¹ Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. p. 125, nota 36.

²⁷² Segons l'art. 54 CP, les penes d'inhabilitació són accessòries en els casos en què, no imposant-se especialment, la Llei declari que altres penes impliquen la seva imposició.

²⁷³ Es veu més clarament el caràcter imperatiu de l'art. 56 CP si es compara amb l'art. 57 CP que estableix que “[e]ls jutges [...] podran acordar en les seves sentències [...] la imposició d'una o diverses de les següents prohibicions [...]”. Jaime DE LAMO RUBIO, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 215. També, María ACALÉ SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos...*, cit. p. 199.

requisits legals que exigeix la seva imposició.²⁷⁴ En qualsevol cas, com assenyala l'art. 79 CP, cal que hi constin en la sentència perquè puguin executar-se.

Respecte a la determinació de la durada de la pena accessòria d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, cal aplicar la norma que, amb caràcter general, recull l'art. 33.6 CP; aquest estableix que les penes accessòries tindran la durada que respectivament tingui la pena principal.

La regulació actual de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat pot donar lloc a l'absurd que per delictes de fins a deu anys de pena de presó s'inhabiliti per a la potestat però per delictes castigats amb pena superior ja no. Per tant, paradoxalment, es podria inhabilitar per a l'exercici del dret de pàtria potestat a un progenitor per lesions al seu fill, però no si se'l condemna per homicidi en grau de temptativa sobre el propi menor.²⁷⁵ No correspondria tampoc aquesta pena en els supòsits d'assassinat o homicidi d'un dels progenitors per l'altre, supòsit que sí que dóna lloc en canvi a la privació de la pàtria potestat en via civil, com ja s'ha assenyalat.²⁷⁶

²⁷⁴ Jaime DE LAMO RUBIO, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, cit., p. 226.

²⁷⁵ Encara que la majoria dels delictes de lesions tenen penes inferiors als 10 anys, alguns poden donar lloc a la paradoxa assenyalada en el text. Per exemple, el delicte de lesions regulat en l'art. 149 CP -el que causés a un altre, per qualsevol medi o procediment, la pèrdua o la inutilitat d'un òrgan o membre principal, o d'un sentit, la impotència, l'esterilitat, una greu deformitat, una greu malaltia somàtica o psíquica- preveu la imposició d'una pena de 6 a 12 anys de presó, en aquest cas no correspondria l'aplicació de la pena accessòria d'inhabilitació per a l'exercici de la potestat ex art. 56 CP.

²⁷⁶ Sense entrar a discutir la qüestió, alguna STS ha admès l'aplicació d'aquesta pena accessòria a delictes amb penes de presó superiors a 10 anys. STS, 2a, 19.7.2001, MP García-Calvo y Montiel, RJ 2001\6503: marit que encanona la seva dona dormida i li dispara tres vegades mentre aquesta intenta fugir. La dona mor després de rebre el tercer tir. El matrimoni vivia, encara que la dona havia iniciat els tràmits de separació amb l'oposició del seu marit. El matrimoni tenia dos fills en comú, de 7 i 14 anys d'edat. El TS confirma les sentències de l'AP i del TSJ Andalusia que condemnen el marit com a autor d'un delicte d'assassinat a les penes de divuit anys i nou mesos de presó, a la d'inhabilitació absoluta durant el temps de la condemna i a la d'inhabilitació especial per a l'exercici de la pàtria potestat respecte dels menors David i Sergio per igual temps, prohibint-li que torni al terme municipal de la localitat de Ronda (Màlaga) durant cinc anys i un cop complerta la condemna i havent d'indemnitzar a cadascun dels menors citats en la quantitat de vint-i-cinc milions de pessetes. En els recursos no s'ha impugnat la legalitat de la pena d'inhabilitació per a l'exercici de la pàtria potestat, sinó exclusivament l'aplicació de la circumstància de traïdoria i l'agreujant de parentiu.

Així, per exemple, la STS, 2a, 2.10.2000, MP Delgado García, RJ 2000\8718: marit, separat legalment de la seva dona, condemnat per homicidi en grau de temptativa de la seva dona; la dona reclama la privació de la potestat sobre la filla comuna de 7 anys d'edat. El TS assenyala que per a l'homicidi la llei no preveu ni com a pena ni com a mesura de seguretat la privació de la potestat.

A més a més, tampoc cal aplicar aquesta pena accessòria si la pena que correspon a un delictes no és de presó, sinó de multa però està relacionat amb l'exercici de la pàtria potestat.

Per exemple, STS, 2a, 19.5.2000, MP Prego de Oliver y Tolivar, RJ 2000\4896: home —parella de fet d'una dona amb un nen de 12 anys d'edat— és condemnat com a autor d'un delictes de lesions habituals i d'una falta de lesions: l'autor del delictes va copejar amb un pal i un cinturó al menor i li va causar lesions consistents en múltiples hematomes en l'espatlla, natges, membres superiors, espatlles i colzes, precisant ingrés hospitalari de tres dies per a observació, sense tractament i estant impedit per a les seves ocupacions habituals durant 15 dies. A la mare se la condemna per un delictes contra l'Administració de Justícia —per no haver posat els fets en coneixement de l'Autoritat o els seus agents—, amb la concurrència de la circumstància agreujant de parentiu a la pena de vint-i-quatre mesos de multa. No es discuteix que pugui ser autora de les lesions per comissió per omissió, el que hagués permès la seva inhabilitació per a l'exercici de la potestat.²⁷⁷

Ja s'ha assenyalat que és una pena que no s'aplica amb caràcter preceptiu. El jutge, per ponderar la conveniència de la seva aplicació, tindrà en compte el benefici que pugui reportar al menor o menors d'edat afectats per la mesura.²⁷⁸

Aquesta pena accessòria s'aplica típicament tant en supòsits de delictes de

²⁷⁷ S'ha criticat la qualificació de la conducta de la mare que fa la sentència. La posició de garant de la mare hauria d'haver donat lloc a considerar la seva participació en el delictes del company per comissió per omissió. “Si ostenta posició de garant, la seva omissió respecte del resultat delictiu haurà de ser castigat com a participació en el delictes comès”, Vid. Jaime MORENO VERDEJO, “La Función del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos. El menor de edad como sujeto pasivo del maltrato habitual” en *La violencia en el ámbito familiar: aspectos sociológicos y jurídicos*, Montserrat COMAS DE ARGEMIR CENDRA (directora), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 284, nota 16.

²⁷⁸ STS, 2a, 10.2.1998, MP Martínez-Pereda Rodríguez, RJ 1998\949: no s'aplica en un cas de marit —separat de fet de la seva dona amb qui té un fill de poca edat— condemnat per homicidi en grau de temptativa de la seva dona a 7 anys de presó.

lesions dels progenitors sobre menors²⁷⁹ com en els delictes de violència domèstica.

STS, 2a, 30.5.2001, MP Bacigalupo Zapater, RJ 2001\6359: pare que copeja el seu fill de nou mesos d'edat davant la seva actitud reticent al berenar i li produeix una fractura del fèmur dret, per a la curació precisa de tractament mèdic i es hospitalitzat durant 38 dies. A l'Hospital es comprova que prèviament el dit menor havia patit: una fractura de l'húmer esquerre, produïda entre un i dos mesos abans per un estirada violenta; fractura parietal esquerra, produïda entre un mes i un mes i mig abans, podent reconèixer un origen casual (per exemple, una caiguda); i per últim, una fractura costal al costat dret, produïda un mes abans per una forta pressió exercida sobre aquesta zona. Es condemna al pare com a autor d'un delicte de lesions a 4 anys de presó i inhabilitació durant el temps de la condemna i que indemnitzi el menor la quantitat de 538.940 ptes. A la mare se l'absol del mateix delicte per comissió per omissió ja que en el moment dels fets estava penjant roba a la galeria. En instància, la SAP Barcelona 20.7.1999 havia rebutjat la sol·licitud de la Generalitat de Catalunya de privació total de la pàtria potestat per desproporcionada en entendre que hi ha un sol delicte provat i s'assenyala que compleix millor els criteris de proporcionalitat de la pena l'accessòria d'inhabilitació especial per a l'exercici del dret de pàtria potestat durant el temps de la condemna, a causa de la relació directa entre l'exercici del dret i el delicte.

El delicte de maltractaments físics i psíquics en l'àmbit familiar (art. 153 CP²⁸⁰) també pot donar lloc a l'aplicació de la pena accessòria d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat. En tractar-se d'un delicte que es caracteritza per la infracció de deures primaris derivats de la relació familiar (en aquest sentit, un delicte contra les relacions familiars) es donarà pràcticament

²⁷⁹ STS, 2a, 29.9.2000, Giménez García, RJ 2000\8107: Pares condemnats per maltractaments sobre la seva filla d'1 any d'edat com a autors d'un delicte de lesions, concorrent la circumstància mixta de parentiu com agreujant, a la pena de quatre anys de presó a cadascú, amb inhabilitació especial pel mateix temps dels drets de pàtria potestat. En el mateix sentit, STS, 2a, 28.6.1999, Martínez-Pereda Rodríguez, RJ 1999\6109: progenitors que maltracten la seva filla única recent nascuda condemnats com a autors per acció i comissió per omissió de tres delictes de lesions. El pare condemnat a nou anys i sis mesos de presó i a inhabilitació per a l'exercici dels drets de la pàtria potestat durant aquest temps. La mare condemnada a sis anys de presó i inhabilitació per a l'exercici de la potestat durant el temps de la condemna. Després de tres agressions que requereixen ingressos hospitalaris, els Serveis socials suspenen els pares de la pàtria potestat i la menor passa a estar en situació d'acolliment legal amb els seus avis.

²⁸⁰ Redactat conforme a la Llei Orgànica 14/1999, de 9 de juny, de modificació del Codi penal en matèria de protecció a les víctimes de maltractaments i la Llei d'Enjudiciament Criminal. BOE núm. 138, de 10 de juny de 1999.

sempre la relació entre el delictes i el dret de pàtria potestat.

Art. 153 CP. "El que habitualment exerceixi violència física o psíquica sobre el seu cònjuge o persona a que es trobi lligat de forma estable per anàloga relació d'afectivitat o sobre els fills propis o del cònjuge o convivent, pupils, ascendents o incapaços que convisquin amb ell o que es trobin subjectes a la potestat, tutela, curatela o guarda de fet d'un o altre, serà castigat amb la pena de presó de *sis mesos a tres anys*, sens perjudici de les penes que poguessin correspondre als delictes o faltes en què s'haguessin concretat els actes de violència física o psíquica. [...]"²⁸¹.

La descripció del tipus penal i el bé jurídic protegit fan pensar que el legislador havia d'haver imposat al costat de la pena de presó com a pena principal, la inhabilitació en aquest delictes.²⁸² És probable que una nova redacció d'aquest delictes inclogui aquesta precisió perquè el *II Pla Integral contra la violència domèstica*²⁸³ recull, entre les mesures legislatives i procedimentals, la incorporació a l'art. 153 CP de la pena d'inhabilitació per a l'exercici de la pàtria potestat, tutela, curatela, guarda o acolliment en els casos de violència física o psíquica, quan l'interès del menor ho aconselli.

STS, 2a, 22.1.2002, MP Conde-Pumpido Tourón, La Ley 2278: Mare soltera amb una nena de dos anys que viu en una situació de pobresa absoluta. Se'n va a viure amb un home que maltracta repetidament la nena sense que la mare faci res per evitar-ho. La nena pateix diverses lesions cranials que motiven una intervenció quirúrgica per salvar-li la vida. Així mateix, la mare té la nena en una situació d'alimentació i higiene deficient. Es condemna a la parella com a autors d'un delictes de

²⁸¹ S'inclouen els maltractaments comesos per parets privats de la pàtria potestat, per exemple durant el període de visites. El tipus penal no inclou els maltractaments duts a terme sobre els fills no sotmesos a potestat si no hi ha convivència; la doctrina ha criticat que la reforma de 1999 no hagi solucionat aquest problema, màximament quan aquesta reforma va ampliar el subjecte passiu a l'excònjuge o excompansys sentimentals. María ACALÉ SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz /Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 162.. També s'ha criticat d'aquest article que correspongui la mateixa pena amb independència que el subjecte passiu del delictes sigui major o menor d'edat; sembla lògic que hauria de ser superior en aquest últim cas; els majors tenen major capacitat per començar una nova vida i capacitat de raciocini; a més a més els menors poden patir tares psíquiques de major gravetat que els majors d'edat i més difícils de detectar. Josep Ma. TAMARIT SUMALLA, *La reforma del delito de lesiones*, PPU, Barcelona, 1990, citado por María ACALÉ SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos...* cit. p. 163.

²⁸² María ACALÉ SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos...* cit. p. 199.

²⁸³ Aprovat per Acord del Consell de Ministres d'11 de maig de 2001.

maltractaments —art. 153 CP— a la pena de 2 anys i sis mesos de presó amb l'accessòria d'inhabilitació per a l'exercici de la pàtria potestat durant el temps de la condemna, per un delictes d'homicidi en grau de temptativa 6 anys de presó amb l'accessòria d'inhabilitació durant el temps de la condemna i per dues faltes de lesions a sis caps de setmana d'arrest per cadascuna. Al company, a més a més se'l condemna per un delictes de lesions, a tres anys de presó amb l'accessòria d'inhabilitació durant el temps de la condemna.

Aquest és sempre un delictes dolós, no és possible cometre'l per imprudència. L'article concordant del Codi penal anterior, l'art. 425 CP 1973, establia expressament que el càstig de les violències físiques es produiria amb independència de la finalitat amb què van ser exercides. Cal entendre que, encara que el text vigent no ho reculli de forma expressa, la descripció del tipus prescindeix de la licitud o il·licitud del fi pel qual s'infereixen els maltractaments.²⁸⁴

En l'àmbit d'aquest delictes de violència domèstica podria discutir-se la possibilitat d'aplicar com eximents l'error de prohibició i l'exercici per part dels pares del dret de correcció.²⁸⁵ El primer cas podria donar lloc a l'exempció de responsabilitat penal de l'autor del delictes si es donen els requisits de l'error de prohibició.²⁸⁶

²⁸⁴ STS 5.3.2001, MP Jiménez Villarejo, RJ 2001\1304: condemna per maltractaments sobre la dona i el fill comú de tretze mesos d'edat: marit que lliga i emmordassa a la seva dona diverses vegades, la porta a una caseta deshabitada on la copeja contra la paret i contra la porta, ocasionant-li una ferida en el cap, de la que cura sense assistència mèdica. Amb motiu que el fill del matrimoni no s'adormia, l'acusat va agafar-ho del coll, copejant-ho contra el llit, fent-li sang a les genives, curant-lo tot seguit. Un altre dia, l'acusat va agafar el fill i ho va tancar en una habitació de la part posterior de l'habitatge, deixant-ho al sòl en mancar la mateixa de mobiliari i de llum elèctrica, deixant-ho totalment a les fosques, impeding a la mare que pogués anar a agafar-ho, esperant uns 15 minuts fins que pels desesperats crits del fill ho va agafar i ho va jeure al bressol. La condemna pel delictes de violència domèstica és de quatre mesos de presó que són substituïts per una multa de dos-cents quaranta dies amb una quota diària de 200 ptes. i prohibició de l'acusat d'acudir al domicili de la dona durant el període de tres anys i es configura aquesta pena accessòria com una elemental manera de dispensar a aquests la protecció que necessiten. No es discuteix sobre la inhabilitació de l'exercici del dret de pàtria potestat.

²⁸⁵ Un breu apunt històric del tractament penal del dret de correcció pot trobar-se "El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección", *Poder Judicial*, nº 33, 1994, p. 51-53, Vicenta CERVELLÓ DONDERIS.

²⁸⁶ Segons l'art. 14.3 CP és possible l'error de prohibició (sobre la il·licitud del fet constitutiu de la infracció penal) que atenuarà la responsabilitat si va ser vencible i eximirà de responsabilitat si va ser invencible; el mateix autor posa l'exemple del pare que es creu autoritzat a educar el seu fill de poca edat emprant mètodes violents. Joaquín CUELLO CONTRERAS, "El delito de

El segon supòsit parteix de la regulació de l'art. 20.7 CP, que recull com a causa d'exempció de responsabilitat l'actuació en compliment d'un deure o en l'exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec. Es tracta d'elucidar si és possible entendre que l'exercici del dret de correcció que recull l'art. 154 *in fine* CC pot donar cobertura a conductes que siguin subsumibles en el tipus penal de l'art. 153 CP. Entenc que difícilment podrà admetre's si es té en compte que el bé jurídic protegit en aquest delictes de violència habitual en l'àmbit familiar és el lliure desenvolupament de la personalitat i la dignitat humana.²⁸⁷

Cal entendre que tenen poca empara les violències que recull el tipus delictiu —que requereix, per exemple, habitualitat— en el dret de correcció en l'àmbit civil (que és on es recull, no apareix en el penal): especialment si es té en compte que el dret de correcció s'entén en benefici de la persona corregida i que la violència física o psíquica habitual no reuneix aquesta característica.²⁸⁸

En conseqüència, no es podrà en cap cas aplicar a aquest delictes de l'art. 153 CP la causa de justificació de l'exercici del dret de correcció dels pares: la violència física *constitutiva de delictes* no pot admetre's com quelcom digne d'incloure's en una eximent.²⁸⁹ Els comportaments dels progenitors que es puguin subsumir dins el tipus de l'art. 153 CP no poden considerar-se realitzats

violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, *Poder Judicial*, 32-1993. citat per María ACALÉ SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos...* cit. p. 175. José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, entén que hagués estat recomanable que el legislador penal espanyol establís per a l'error de prohibició una mera atenuació facultativa (com la que contempla el paràgraf 17 del StGB alemany) que dispensés al jutge de rebaixar la pena en un grau en aquests casos de total indiferència vers al dret o ceguesa jurídica, perquè en aquests casos no és d'apreciar una disminució de la culpabilitat. Vid. Vid. “La violencia doméstica”, en *La Ley*, nº 5380, 21.09.2001.

²⁸⁷ S'assenyala, en aquest sentit, que la pau familiar no és en si mateixa el fi últim de la tutela penal. Vid. José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, “La violencia doméstica”, en *La Ley*, nº 5380, 21.09.2001. La Circular de la Fiscalia General de l'Estat 1/1998, de 24 d'octubre, *Intervenció del Ministeri Fiscal en la presumpció dels maltractaments en l'àmbit domèstic i familiar*, assenyala que l'art. 153 CP tutela la vida, la integritat física i també la integritat moral —o el dret a no ser sotmès a tracte inhumà i degradant—, així com la pau i l'ordre familiar. Vid. també la STS, 2a, 24.6.2000, *RJ 2000\5792*, encara que el mateix Fonament de dret quart assenyala que el bé jurídic protegit també és la pau familiar.

²⁸⁸ María ACALÉ SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos...* cit. p. 182.

²⁸⁹ Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. Gonzalo QUINTERO OLIVARES / Fermín MORALES PRATS / J. Miguel PRATS CANUT, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 382.

en compliment d'un deure.

Ara bé, excloure l'aplicació a aquest delictes de la causa de justificació no implica defensar la tipicitat de mers mastegots ocasionals en exercici de la facultat de correcció dels pares, que pot admetre l'exercici de mers cops o petites privacions de drets. Aquesta postura no suposa la defensa de l'ús de la violència física reiterada si es produeix amb ànim de corregir i si la dita mesurada és necessària i adequada al fi correccional,²⁹⁰ de manera que si no concorren aquestes circumstàncies els excessos poden ser constitutius del delictes de l'art. 153 CP.

La natura d'aquest delictes permet defensar que la pena accessòria d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat es faci extensiva a tots els fills de l'àmbit familiar en què les violències es duguin a terme.²⁹¹ El fet que la dicció de l'art. 153 CP faci referència la violència física o psíquica exercida sobre els fills propis fa especialment apropiada l'aplicació d'aquesta pena accessòria, que hauria d'haver previst expressament el legislador.

1.4.3 La inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat com a mesura de seguretat: art. 107 CP

En el Codi penal la inhabilitació per a l'exercici de la potestat dels pares té també la consideració de mesura de seguretat.

L'art. 95 CP estableix que les mesures de seguretat s'apliquen quan s'ha comès un fet previst com a delictes —post-delictualitat—, hi ha possibilitat que el subjecte torni a cometre'l —pronòstic de perillositat criminal— i el subjecte ha estat declarat exempt de responsabilitat criminal d'acord amb l'art. 20.1 a 3

²⁹⁰ Alfonso GUALLART DE VIALA, *La Nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 111-112. Assenyala Guallart de Viala que segueix en aquest punt a José CEREZO MIR, "La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", *Anuario de Derecho Penal*, 1987.

²⁹¹ María ACALÉ SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos...* cit. p. 201.

CP.²⁹²

La possibilitat d'aplicar la inhabilitació per a l'exercici de la potestat com a mesura de seguretat es contempla en l'art. 107 CP dins l'expressió inhabilitació per a l'exercici de determinat dret.

Art. 107 CP. “El Jutge o Tribunal podrà decretar raonadament la mesura d'inhabilitació per a l'exercici de determinat dret, professió, ofici, indústria o comerç, càrrec o ocupació, per un temps d'un a cinc anys, quan el subjecte hagi comès amb abús del dit exercici, o en relació amb ell, un fet delictiu, i quan de la valoració de les circumstàncies concurrents pugui deduir-se el perill que torni a cometre el mateix delictes o altres semblants, sempre que no sigui possible imposar-li la pena corresponent per trobar-se en alguna de les situacions previstes en els nombres 1r, 2n i 3r de l'article 20.”

De la literalitat del precepte es dedueix que els pressupòsits per a l'aplicació d'aquesta mesura són la comissió del fet delictiu amb abús de l'exercici de la potestat dels pares i l'existència de perill que el subjecte torni a cometre aquest delictes o altres semblants.²⁹³

Amb independència del fet delictiu la durada d'aquesta mesura d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat es preveu d'un a cinc anys.

La mesura de seguretat és la resposta de l'ordenament enfront de la perillositat de l'autor, entesa aquesta com a probabilitat de comissió de futurs delictes i és

²⁹² Art. 20.1 CP: anomalia mental —anomalia o alteració física que impedeix comprendre la il·licitud del fet o actuar conforme a aquesta comprensió—; art. 20.2 CP: intoxicació plena per alcohol o drogues al temps de cometre la infracció penal o síndrome d'abstinència que li impedeixi comprendre la il·licitud del fet o actuar conforme a aquesta comprensió; art. 20.3 CP: alteració de la percepció: el que per patir alteracions en la percepció des del naixement o des de la infància tingui alterada greument la consciència de la realitat.

²⁹³ En els casos d'abusos sexuals en els que es consideri l'existència d'alguna eximent incompleta (consideració psiquiàtrica de la pedofília: existència d'un trastorn de la personalitat), el recurs a l'eximent incompleta permet substituir la pena per una mesura de seguretat i acordar en un segon moment, segons quin sigui el resultat del tractament, l'extinció de la pena, el seguiment de la mesura o l'execució de la resta de pena pendent de compliment. Vid. Josep Ma. TAMARIT SUMALLA, *La Protección Penal del Menor frente al Abuso y Explotación Sexual*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 150-151.

instrument de prevenció especial.²⁹⁴

2. Relació entre la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat i la privació de la potestat dels pares

Després del que s'ha exposat sobre la institució penal de la inhabilitació per a l'exercici del dret de la pàtria potestat es conclou la seva semblança amb la privació de la potestat des del punt de vista de l'abast i dels efectes. En ambdós casos, el progenitor —privat o inhabilitat per a la potestat dels pares— perd la possibilitat d'exercitar els drets inherents a la pàtria potestat, encara que en el cas de la privació de la potestat es perdi al seu torn la titularitat del dret i suposi, per tant, l'extinció quant al subjecte que l'exerceix.

Les figures delictives que permeten donar lloc a l'aplicació de la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat permeten entendre que, com s'ha assenyalat en la primera part d'aquest treball, la tipificació del Codi penal concreta conductes que poden constituir un incompliment greu dels deures paternofilials.

La diferència més important que presenten ambdues institucions és la temporalitat de la mesura. Aquesta nota impedeix identificar la privació de la potestat amb la inhabilitació per a l'exercici de la pàtria potestat²⁹⁵ i pot tenir alguna conseqüència quant als efectes, assenyaladament el que s'ha comentat de no considerar al progenitor com a privat de la potestat als efectes de prescindir del seu assentiment en l'adopció del seu fill per un tercer, sinó

²⁹⁴ Francisco MUÑOZ CONDE, Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 653.

²⁹⁵ Com a conseqüència de negar aquesta temporalitat —la recuperació automàtica de la potestat després de la inhabilitació— algun autor afirma que la inhabilitació és privació de la pàtria potestat. Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ en *La privación de la patria potestad*, cit. p. 115, nota 137.

sotmès a causa, que ha de provar-se —si es discuteix pel progenitor a qui no s'ha demanat el seu assentiment en el procés d'adopció— en un procediment contradictori.

La conseqüència de les consideracions que s'han fet sobre la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat (protecció inadequada del menor principalment) fan dubtar de la conveniència de l'existència d'aquesta figura, ja que no presenta cap avantatge comparatiu respecte a la privació de la potestat com està configurada en el Codi de família. La privació de la potestat s'ajusta millor a la finalitat de protecció de menors perseguida per l'art.136 CF. Però aquesta és una qüestió de *lege ferenda*.

3. La privació de la potestat en un procés penal

L'última qüestió que correspon tractar en aquesta part del treball és la possibilitat que els jutges penals puguin aplicar la institució civil de la privació de la pàtria potestat.

Encara que la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre aquest punt ha anat variant, la qüestió ha quedat conclosa de moment per l'Acord del Ple no jurisdiccional de la Sala 2a del TS de 26 de maig de 2000 que determina que no és oportú que es resolgui en la via penal sobre la privació de la potestat en els casos en què el Codi penal no prevegi expressament aquesta possibilitat. Les últimes sentències del dit òrgan en què s'ha debatut aquesta qüestió —per exemple, la STS, 2a, 11.9.2000— donen compte del citat Acord i deneguen la possibilitat d'acordar la privació de la potestat en el procés penal en no preveure aquesta possibilitat el Codi penal respecte del delictes que s'enjudicia.

Els fets de la STS, 2a, 11.9.2000, MP Prego de Oliver y Tolivar, RJ 2000\7932 són els següents: un home mata a la seva companya sentimental pel temor que aquesta l'abandoni i després de deixar el seu fill comú amb una germana

intenta suïcidar-se. L'AP. Barcelona el condemna com autor d'un delictes d'homicidi amb les circumstàncies agreujants de parentiu i atenuants d'arravatament i d'haver confessat el fet, a la pena de dotze anys de presó i el priva de la potestat sobre el seu fill. El TS deixa sense efecte la privació de la potestat sobre el fill.

En aquesta sentència, entén el TS que “[l]a privació de la pàtria potestat sobre el seu fill, per un delictes d'homicidi comès contra la mare no té [...] fonament legal en el Codi Penal”. Així mateix assenyala que els tribunals penals no poden aplicar les normes de Dret de família, que és una tasca que compet a la jurisdicció civil. Correspon a l'ordre jurisdiccional penal el coneixement de les causes i judicis criminals (art. 9.3 LOPJ), àmbit jurisdiccional a què pertanyen les normes del Codi Penal sobre privació de la pàtria potestat com a pena principal o accessòria, no les sancions civils que en l'esfera del Dret Privat i amb relació a pàtria potestat corresponen segons el Codi Civil en cas d'incompliment dels deures familiars. El Tribunal Suprem considera que l'article 170 CC no suposa una atribució a la jurisdicció penal de la facultat d'aplicar les normes civils de privació total o parcial de la pàtria potestat com una facultat distinta de la seva imposició com a pena principal o accessòria d'un delictes.²⁹⁶

Per últim, la sentència destaca que sota la vigència del Codi penal de 1973 el Tribunal Suprem també va rebutjar la possibilitat de privar de la potestat fora dels casos en què el mateix text legal establí la possibilitat d'aplicar la pena accessòria de privació de la potestat dels pares per imperatiu de principi de legalitat penal.²⁹⁷

²⁹⁶ L'art. 189.5 CP insta al Ministeri Fiscal a “promoure les accions pertinents a fi de privar de la pàtria potestat” en els delictes de no impedir que el menor continuï en la prostitució. La redacció del Codi penal sembla indicar que el Ministeri Fiscal no ha de sol·licitar la privació en un procés penal, sinó que ha d'acudir al procés civil.

²⁹⁷ En el mateix sentit, STS, 2a, 2.10.2000, M. P. Delgado García, RJ 2000\8718: marit, separat legalment de la seva dona, condemnat per homicidi en grau de temptativa. La dona reclama la privació de la potestat del pare sobre la seva filla de set anys d'edat. L'Audiència Provincial rebutja la petició de privació de la potestat en entendre que els fets no van tenir relació amb la menor. A més a més, la llei penal no preveu com a pena o mesura de seguretat dels delictes d'homicidi la privació de la potestat. El TS confirma la sentència de l'Audiència: és més adequat que sigui la via civil el lloc on es resolgui aquest problema amb l'atenció que mereix. En el mateix sentit que la sentència de referència, vid. STS, 2a, 10.10.1994 marit condemnat com a autor d'un delictes d'homicidi de la seva dona; en primera instància la sentència priva el marit de

Aquesta posició basa la seva argumentació en la falta de potestat de la jurisdicció penal per aplicar normes civils sense que la mateixa legislació penal ho prevegi. Així, l'art. 193 CP recull amb caràcter general per a les sentències condemnatòries per delictes contra la llibertat sexual la possibilitat que aquestes facin els pronunciaments que corresponguin sobre la *filiació i la fixació d'aliments*, i que per això aplicaran les corresponents normes civils.²⁹⁸ O, de forma més genèrica, l'art. 109 CP que possibilita l'exercici de pretensions patrimonials que guardin relació amb el delicte comès.²⁹⁹

En aquest sentit, es considera que l'art. 170 CC no suposa una atribució de competència als tribunals penals per aplicar normes civils.³⁰⁰ La jurisdicció penal només pot aplicar les penes d'inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat en els delictes en què així ho preveu en Codi penal.³⁰¹

La Sala 2a del Tribunal Suprem entén que és la jurisdicció civil la que ha d'adoptar mesures de protecció per al menor si es deriva aquesta necessitat dels fets enjudiciats per la jurisdicció penal. Així, és freqüent en la jurisprudència de la Sala 2a assenyalar, en els casos en què no correspon aplicar la pena d'inhabilitació per a l'exercici de la pàtria potestat, que sempre hi

la potestat sobre els fills comuns de la parella i el TS deixa sense efecte aquesta mesura ja que el delicte d'homicidi no preveu la possibilitat d'aplicar com a pena accessòria la privació de la potestat. Parteix de la consideració de la privació de la potestat dels pares com una pena i en tant que pena, sotmesa al principi de legalitat.

²⁹⁸ Antonio DEL MORAL MARTÍN, Antonio DEL MORAL GARCÍA, *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal. Estudio jurisprudencial*. Comares, Granada, 2002, p. 388.

²⁹⁹ Les jurisprudència tendeix cap a una interpretació àmplia del que s'inclou dins els termes de l'art. 110 CP: restitució, reparació del dany, indemnització de perjudicis materials i morals. Vid. Irene NADAL GÓMEZ, *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 128-159. En aquest cas, el punt de partida també és que el Codi penal autoritza que el jutge penal es pronunciï sobre qüestions civils.

³⁰⁰ Són d'aquesta opinió Luis Díez-PICAZO i Antonio GULLÓN, que entenen que la referència de l'art. 170 CC a la causa criminal no és una habilitació als tribunals penals per adoptar mesures pels fills del condemnat, sinó una remissió als casos en què, d'acord amb el Codi penal, pugui imposar-se, com a pena accessòria, la privació de la pàtria potestat. *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 272-273.

³⁰¹ Hi ha autors que diuen que "la doctrina citada condueix inexorablement a reservar a la Jurisdicció civil la decisió sobre la privació o no de la pàtria potestat en tots aquells casos en què la legislació criminal no tingui prevista tal pena". Antonio DEL MORAL MARTÍN, Antonio DEL MORAL GARCÍA, *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal. Estudio jurisprudencial*. Comares, Granada, 2002, p. 392.

ha la possibilitat que el Ministeri Fiscal acudeixi a la via civil de la privació de la potestat si entén que la conducta del condemnat li impedeix complir els seus deures paternofilials.³⁰²

També pot al·legar-se a favor de la independència d'ambdues jurisdiccions el fet que l'especialització dels jutjats de Primera Instància —o de Família, si a la demarcació n'hi ha—, amb més recursos humans adequats per al tractament de menors, facilita l'adopció de les mesures que millor s'adeqüen a l'interès superior del menor.³⁰³

Quan s'ha discutit davant el Tribunal Suprem la possibilitat de privar de la potestat dels pares en un procés penal sense que ho preveïés expressament el Codi penal, s'ha rebutjat aquesta possibilitat. Una altra cosa és que si no es discuteix sobre aquest punt en cassació el TS no modifiqui un pronunciament de l'Audiència que admeti aquesta possibilitat. En aquest sentit, hi ha STS —algunes posteriors a la STS, 2a, 11.9.2000, que es pronuncien sobre SS. AP en les que s'ha privat de la potestat al condemnat, extrem que no és combatut en cassació, per la qual cosa el TS no es pronuncia respecte d'això. D'aquesta manera el pronunciament sobre la privació de la potestat esdevé ferma amb la resolució del TS.³⁰⁴

³⁰² Vid., entre moltes altres, STS, 2a, 6.7.2001, MP García Ancos, RJ 2001\6367 i STS, 2a, 7.11.2000, MP Martínez Arrieta, RJ 2000\8932.

³⁰³ Vid. José Jaime TAPIA PARREÑO, "Medidas de protección del menor en la fase de instrucción y de ejecución del proceso penal" en *Protección de menores en el Código penal*, José Luis JORI TOLOSA (director), Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 122. En opinió de TAPIA PARREÑO, ni la instrucció ni el procés penal estan pensats per abordar els problemes del nen víctima d'un delictes.

³⁰⁴ Altres sentències de la Sala 2a del TS priven de la potestat en instància i no s'apel·la aquest extrem de la sentència i per això el pronunciament esdevé ferm. Ex. STS, 2a, 4.3.2002, MP Moner Muñoz, La Ley 4741: Marit separat legalment de la seva dona però amb la que conviu des de fa tres mesos i que està embarassada de vuit mesos i mig d'un fill comú. El matrimoni té una filla de tres anys d'edat en el moment dels fets. El marit, en el curs d'una discussió, estrangula la dona i posteriorment l'esquartera i dissemina les parts del cos perquè no siguin trobades. La SAP 6.3.2001 li condemna per un delictes d'assassinat i avortament en concurs ideal a 20 anys de presó, privació de la pàtria potestat sobre la seva filla i a una indemnització de 20 milions ptes. a favor de la filla i de 5 milions ptes. a favor dels pares de la seva dona. El TS modifica la condemna per homicidi en considerar que hi ha abús de superioritat i no traïdoria i redueix la presó a 15 anys mantenint la resta de pronunciaments. STS, 2a, 23.4.2001, MP Prego de Oliver y Tolivar, RJ 2001\2256: pare condemnat com a autor d'un delictes de violació sobre la seva filla de 7 anys d'edat a 14 anys de reclusió menor. La S. AP priva de la potestat al pare i no es discuteix sobre aquesta qüestió en cassació. STS, 2a,

El corrent jurisprudencial que s'inclina per admetre la privació de la potestat en un procés penal es basa fonamentalment en dos arguments.³⁰⁵ En primer lloc, s'al·lega que l'art. 170 CC és una atribució legal que determina una extensió de la jurisdicció dels tribunals penals a qüestions que, en principi, corresponen a la jurisdicció civil. La interpretació teleològica de l'art. 170 CC permet admetre aquesta atribució –el fi de la norma és la tutela eficaç del menor–. En segon lloc, l'economia processal i l'interès del menor haurien de permetre que un tribunal penal privés de la potestat si en el curs d'un procediment es revela un

30.4.2001, MP Martínez Arrieta, RJ 2001\3583: pare –amb atenuant d'anomalia psíquica molt qualificada- condemnat a cinc anys de presó per un delictes d'abusos sexuals sobre la seva filla d'11 anys d'edat i, a més, se li priva de la pàtria potestat. STS, 2a, 3.3.2000, MP Giménez García, RJ 2000\1173: pare condemnat com a autor d'un mínim de tres delictes de violació sobre la seva filla de tretze anys d'edat. La sentència, a més de condemnar a 20 anys de presó, priva el pare de la potestat —(sic: privació de la pèrdua de la pàtria potestat). La filla té en el moment de la primera sentència 17 anys d'edat. STS, 2a, 15.4.1997, MP Soto Nieto, RJ 1997\2931: pares acusats de maltractaments greus a la seva filla de nou mesos d'edat; tenen dos altres fills (de tres i dos anys d'edat). El pare és condemnat com a autor d'un delictes frustrat de parricidi a la pena de dotze anys i un dia de reclusió menor; la mare és condemnada com a autora d'un delictes de lesions per comissió per omissió concorrent l'atenuant analògica d'eximent incompleta de por insuperable i l'agreujant de parentiu, a la pena de tres anys de presó menor. La sentència d'instància acorda —i el TS manté aquest pronunciament— la privació de la pàtria potestat exercida pels acusats respecte de la seva filla, no es diu res respecte als altres dos nens. STS, 2a, 15.1.1997, MP Manzanares Samaniego, RJ 1997\38: marit que assassina a la seva dona de la que està en tràmits de divorci és condemnat com a autor d'un delictes d'assassinat i s'acorda també la prohibició de tornar el processat al lloc de residència de les filles pel temps de la condemna pel delictes d'assassinat; així com també la privació de la pàtria potestat del processat sobre les seves dues filles menors d'edat (en aplicació de l'art. 170 CC).

³⁰⁵ STS, 2a, 26.6.2000, MP Delgado García, RJ 2000\6329: pare, separat judicialment, que mata a la seva dona i a un dels seus tres fills comuns és condemnat com a autor d'un delictes d'assassinat de la seva exdona i parricidi d'una filla d'11 anys d'edat a vint-i-set i vint-i-sis anys de reclusió major respectivament. La STSJ Andalusia Granada, sala civil i penal, 30.7.1999, MP Méndez de Lugo y López de Ayala, ARP 1999\5363, accedeix a la petició del Ministeri Fiscal sobre la privació de la potestat dels pares sobre els dos fills supervivents i el TS confirma la sentència sense que es discuteixi sobre la privació de la potestat dels pares. Així mateix, la STS, 2a, 26.6.2000, MP Sánchez Melgar, RJ 2000/5801: Pare que maltracta el seu fill recent nascut: quan plora, li enganxa i li pessiga i li causa continus hematomes en la cara, el cap i les orelles pel que té que s'ingressat diverses vegades d'urgències en un hospital, l'última per aturada cardiorrespiratoria. Al nadó li queden com a seqüeles retard psicomotor i possible ceguesa d'origen cerebral. En primera instància, el pare és condemnat a 3 anys de presó, pel delictes de maltractaments habituals i 5 anys de presó, pel delictes de lesions i se li priva de la potestat sobre el seu fill. El TS condemna també a la mare com a autora per comissió per omissió del delictes de maltractaments, però no consta res respecte a la potestat de la mare. També admet que els pares siguin privats de la potestat en un procés penal la STS, 2a, 20.12.1993: marit condemnat com a autor d'un delictes d'assassinat amb traïdoria en grau de frustració sobre el seu fill de 16 mesos a 17 anys de presó. La mare és condemnada com a cooperadora d'un delictes de lesions i un altre de maltractaments per consentir, i ocultar al principi, els maltractaments que el seu company sentimental inferia al fill comú. El Tribunal Suprem, a més a més, priva la mare de la pàtria potestat sobre el seu fill.

incompliment de deures paternofiliais i un dany per al fill.³⁰⁶

De la mateixa forma que la urgència en l'adopció de mesures pot justificar que el jutge penal adopti les mesures cautelars que cregui convenientes ex art. 158 CC, en la resolució que posa fi al procediment, el jutge penal hauria de poder adoptar mesures de protecció, encara que es poguessin sotmetre a revisió dels jutges civils si es considerés més convenient per al menor una altra solució.³⁰⁷

La STSJ Andalusia Granada, sala civil i Penal, 30.7.1999³⁰⁸ ha mantingut expressament la possibilitat d'aplicar la privació de la potestat en un procés penal, encara que el delictes pel qual es condemna en el procés no contempli la possibilitat d'aplicar la pena d'inhabilitació o privació. Aquesta sentència assenyala que “la incompatibilitat [entre la inexistència en el CP d'un precepte que permeti privar no només com a pena accessòria i la remissió que fa l'art. 170 CC a una causa criminal] es resol si es considera que la privació de la potestat dels pares no constitueix cap pena, sinó una mena de «sanció» civil que afecta l'àmbit de les relacions paternofiliais, perquè no tota privació de drets té naturalesa penal. La funció en aquest punt de l'article 170 del Codi Civil no és explicativa, de manera que pel que es refereix a la privació de la potestat dels pares en causa criminal sigui necessari que el Codi Penal imposi com a pena accessòria la privació de la potestat dels pares, sinó especificativa, de manera que el que permet és que en causa criminal, si les circumstàncies posen de manifest la desnaturalització de la relació paternofamiliar, pugui acordar-se la privació de la potestat dels pares com a acte civil de cessació de l'exercici de la pàtria potestat; urgència imposada pels eventuais riscos evidents per a la persona del menor. Queda així resolt el tema, no sols de la seva falta d'esment

³⁰⁶ Aquest és el fonament de la institució de la responsabilitat civil *ex delicto* que regula el Codi penal, junt amb la base legal que permet aquesta possibilitat (art. 109.1 CP i 100 i 111 LECrim), base legal que no existeix en el Codi Penal respecte de la privació de la potestat. Vid. sobre la responsabilidad civil en el proceso penal Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal”, *InDret* 03/2002, p. 2-3 y 11-12.

³⁰⁷ Vid. José Jaime TAPIA PARREÑO, “Medidas de protección del menor en la fase de instrucción y de ejecución del proceso penal”, cit. p. 123.

³⁰⁸ STSJ Andalusia Granada, sala civil i Penal, 30.7.1999, MP Méndez de Lugo y López de Ayala, ARP 1999\5363 que recull la STS que confirma la la decisió.

en el Codi Penal, sinó el de la naturalesa no orgànica de la llei que la permet".³⁰⁹

De *lege data* ambdues interpretacions són possibles, i malgrat que en el futur no sembla que vagi a ser aquesta la solució dels tribunals considero preferible la postura que admet la facultat dels tribunals penals d'aplicar la institució de la privació de la potestat.

La finalitat protectora dels menors aconsella la privació de la potestat en els casos en què en el curs d'un procés penal es revelin motius per a això, sense necessitat de deferir a un judici civil aquestes qüestions. L'exposició de motius de la LOPM la modificació de l'art. 158 CC tracta d'adequar la legislació de menors als principis d'agilitat i immediatesa en els procediments que afectin menors per evitar perjudicis innecessaris que puguin derivar de la rigidesa dels procediments judicials. En aquest sentit, la Circular 1/1998 de la Fiscalia General de l'Estat assenyala que l'art. 158 CC representa una font innominada de mesures cautelars per al menor, adoptables en qualsevol jurisdicció. Encara que la Circular al·ludeix a les mesures de l'art. 158 CC en seu de primeres diligències i mesures cautelars entenc que serveix la referència per a les mesures fixades en la sentència que posa fi al procediment si es considera la privació de la potestat dels pares com una mesura de protecció del menor que correspondrà aplicar en funció de la gravetat de les causes i de la seva necessitat.

Quant a l'argument relatiu a les majors garanties del procés civil per a

³⁰⁹ F. J. desè. El que contraria l'economia processal i la ràpida i adequada protecció del menor. La LOPM va modificar el Codi civil per assenyalar la competència dels tribunals civils i penals en l'adopció de mesures de protecció de menors. Segons es desprèn des d'un punt de vista processal si hi ha atribució legal, es produeix una extensió de la jurisdicció a qüestions que, en principi, puguin ser competència d'altres ordres jurisdiccionals. I l'atribució legal expressa a la jurisdicció penal, en aquest cas es troba en la fórmula alternativa del citat art. 170, precepte que ha de ser interpretat en sentit extensiu i teleològic, en favor del millor compliment del fi de la norma que no és una altra que la més eficaç i ràpida tutela de l'interès del menor». Per tant, res s'oposa a que en Sentència penal pugui acordar-se la privació de la pàtria potestat. [...] estatut per un Tribunal en exercir la seva jurisdicció enjudiciant un fet concret que li ve competencialment atribuït, que tal fet revela un greu incompliment dels deures de la pàtria potestat i un dany per al fill, no es dilati més la privació d'aquella potestat que s'està exercint amb dany greu al menor, més encara quan aquest dany, de romandre en el temps, pot ser irreversible.

l'adequada protecció del menor ha de tenir-se en compte que, en qualsevol cas, la mesura sobre privació que hagués adoptat un jutge penal no seria irrevocable: continuaria sent susceptible de revisió pels jutges civils si les circumstàncies aconsellessin una modificació de mesures.

Capítol IV. Privació de la potestat i institucions de protecció del menor d'edat

En els capítols anteriors s'ha assenyalat que la privació de la potestat dels pares és una institució de dret privat que té com a finalitat protegir a un menor d'edat d'una situació de perill o risc per al desenvolupament de la seva personalitat. La dita finalitat determina les seves conseqüències jurídiques així com la seva interpretació, com s'ha analitzat en el capítol anterior.

En aquest capítol s'analitza la interrelació que pot haver-hi entre la privació de la pàtria potestat i altres institucions de protecció, en especial respecte a la declaració de desemparament d'un menor d'edat, la constitució d'un acolliment o de l'adopció del menor d'edat.

En aquest capítol es tracta en primer lloc del contingut de la suspensió de la potestat que comporta la declaració de desemparament, així com l'abast de l'assumpció de la guarda assistencial en els casos previstos per la llei i la seva similitud o relació amb els efectes de la privació de la potestat.

1. Privació de la potestat, tutela *ex lege* i guarda assistencial

La privació de la potestat dels pares i la declaració de desemparament comparteixen, almenys en part, el mateix supòsit de fet, l'incompliment de deures paternofilials que ocasiona un perjudici per al menor d'edat. En aquest sentit, són dues institucions que se solapen parcialment.

Art. 2.2. LPMA

Es considera que el menor està desemparat:

- a) Quan manquen les persones a les quals per llei correspon d'exercir les funcions de guarda, o quan aquestes persones estan impossibilitades per a exercir-les o en situació d'exercir-les amb greu perill per al menor.
- b) Quan s'aprecii qualsevol forma d'incompliment o d'exercici inadequat dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors o manquin a aquests els elements bàsics per al desenvolupament integral de llur personalitat.
- c) Quan el menor presenta signes de maltractaments físics o psíquics, d'abusos sexuals, d'explotació o d'altres de naturalesa anàloga.

En el cas de la declaració de desemparament, l'incompliment de deures col·loca el menor d'edat en una situació de perill que és necessari esmenar mitjançant l'assumpció de les funcions tutelars per l'administració. En canvi, en els supòsits de privació de la potestat aquest element no està sempre present ja que el menor d'edat pot estar fora de perill en estar sota la guarda de l'altre progenitor o d'un parent que hagi assumit la guarda de fet. En aquests casos, amb la privació de la potestat es busca reduir al mínim o eliminar la intervenció en la vida i educació del menor d'edat del progenitor que ha incomplert els seus deures amb dany per al seu fill.

En ambdós casos la perdurabilitat de la mesura és diferent. En principi, i en la pràctica, la privació de la potestat és indefinida encara que estigui prevista la possibilitat de la rehabilitació.³¹⁰ En canvi, en la declaració de desemparament estan presents amb més freqüència situacions provisionals o transitòries.³¹¹ Encara que també caben situacions de desemparament que es prolonguin fins que el menor d'edat compleix els 18 anys,³¹² quan per les circumstàncies del

³¹⁰ Amb les excepcions que s'han vist en analitzar en el Capítol III la inhabilitació per a l'exercici del dret de pàtria potestat, pròpia de la legislació penal.

³¹¹ Per exemple en els casos en què un progenitor s'absenta durant un període de temps al seu país i l'administració assumeix la tutela sobre aquest, aquesta només durarà el temps de l'absència del progenitor. En la mesura que sigui possible l'actuació de l'administració tendeix a evitar separar el menor d'edat de la seva família i a aconseguir la reintegració del menor en la seva pròpia família.

³¹² Per exemple, a la ciutat de Barcelona l'arribada a la majoria d'edat és la causa principal de posar fi a una mesura de protecció sobre un menor d'edat. *Informe 2002: La infància i les*

cas no sigui possible ni la constitució d'una tutela ordinària ni l'adopció del menor.³¹³

Pot haver-hi privació de la potestat dels pares (respecte d'un progenitor) sense que el menor es trobi en situació de desemparament. El desemparament es predica necessàriament d'ambdós progenitors³¹⁴ i la privació de la potestat dels pares no.

La privació de la potestat l'extingeix i el progenitor privat de la potestat deixa d'ostentar la titularitat d'aquesta, encara que conservi una sèrie de drets i deures vers el fill que deriven de la relació de filiació, que no resulta afectada per la privació judicial de la potestat. Aquesta qüestió no és tan pacífica quant als efectes de declaració de desemparament sobre la potestat dels pares afectats per la resolució administrativa i quant als efectes que implica l'assumpció de la guarda assistencial.

La *declaració de desemparament* implica una assumpció *ex lege* de les funcions tutelars del menor per part de l'administració amb la correlativa suspensió de la potestat dels pares. L'art. 3.2 LPMA estableix de forma expressa que la declaració de desemparament comporta la suspensió de la potestat durant el temps que duri la mesura d'intervenció de l'administració.

Art. 3 LPMA

1. La resolució de desemparament per les causes determinades en l'article 2 comporta l'assumpció automàtica per l'organisme competent de les funcions tutelars sobre el menor, mentre no es procedeixi a la constitució de la tutela per les regles ordinàries o el menor no sigui

famílies als inicis del segle XXI. Vol. V *La infància en situació de risc*, Antoni PETRUS, Carme PANCHÓN, Sílvia GALLEGRO, Institut d'Infància i Món Urbà (CIIMU), Barcelona, 2002, p. 117.

³¹³ En aquests casos correspon, per exemple, l'acolliment en família extensa, que segons l'art. 173 bis CC (redactat segons la LOPM) pot ser permanent i, segons l'art. 11 LPMA és una mesura temporal per un màxim d'un any, encara que pot prorrogar-se.

³¹⁴ Sempre que la filiació del menor estigui legalment determinada respecte als dos progenitors o sempre que un dels dos progenitors no hagi estat privat prèviament de la potestat o no hagi mort.

adoptat, no sigui reintegrat a qui en tingui la potestat del pare i de la mare o la tutela, no s'emancipi o no arribi a la majoria d'edat.

2. Aquesta assumpció de les funcions tutelars implica la suspensió de la potestat del pare i de la mare o de la tutela ordinària durant el temps d'aplicació de la mesura.

Per poder establir la relació entre la privació de la potestat i la tutela legal, cal assenyalar que la tutela a què fan referència aquests preceptes no és la tutela ordinària, ni per la seva naturalesa, ni per la seva formalització ni pel seu contingut.³¹⁵ En aquest sentit, el legislador català és més precís que el del Codi civil en utilitzar l'expressió “assumpció de funcions tutelars” i obviar el terme “tutela” i indicar d'aquesta manera la falta d'equivalència entre la tutela ordinària i la tutela que assumeix l'administració després de la declaració de desemparament.

En conseqüència, després de la declaració de desemparament coexisteixen la potestat dels pares i la *tutela* que ostenta l'administració pública ja que, com indiquen els textos legals, la tutela *ex lege* suspèn la potestat, no l'extingeix.

L'assumpció automàtica de les funcions tutelars (LPMA) no figura ni com a causa d'extinció de la potestat ni com a causa de privació d'aquesta.³¹⁶ Qüestió

³¹⁵ Vid. sobre aquesta qüestió María LINACERO DE LA FUENTE, que recull les distintes interpretacions que s'han defensat en la doctrina del Codi civil sobre la tutela *ex lege*: potestat de dret administratiu, tutela de fet, tutela provisional. *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 230-231.

³¹⁶ Ángel Luis REBOLLEDO VARELA assenyala que la nova redacció de l'art. 172 CC —donada per la LOPM de 1996— deixa clara que l'assumpció de la tutela automàtica no implica la privació de la pàtria potestat i que la dicció anterior de l'art. 172 CC donada per la llei 21/1987 feia sostenir a alguns l'equivalència entre desemparament i causa de privació de la potestat. Vid. “Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero”, en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de protección del menor*, Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi, Director Miguel Ángel PÉREZ ALVAREZ, Universidade da Coruña, 1999, p. 79-80. En el mateix sentit Joan EGEA FERNÁNDEZ, “La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo...”, cit., p. 273. Igualment assenyala la compatibilitat entre la tutela *ex lege* i la pàtria potestat, Pedro DE PABLO CONTRERAS, “Comentario art. 172 CC” en *Comentarios a las reformas del Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coordinador), Tecnos, Madrid, 1993, p. 37-40. Respecte al dret català, defensa també la independència entre declaració de desemparament i causes que permeten privar de la potestat Javier PEREREDA GÁMEZ, “Comentari art. 122 CF” en *Comentarios al Codi de família*, cit. p. 565.

diferent és que el supòsit de fet que ha donat lloc al desemparament possibiliti instar la privació judicial de la potestat. Una conseqüència d'aquesta interpretació és que la declaració de desemparament no és equivalent a estar sotmès a causa de privació de la potestat dels pares, i per tant no permet prescindir de l'assentiment del progenitor en un procés d'adopció del fill desemparat.³¹⁷

Aquesta interpretació parteix del pressupòsit de la falta d'identitat entre la tutela *ex lege* i l'ordinària. Per als autors que defensen aquesta identitat, la declaració de desemparament implica la privació de la potestat dels pares; la tutela *ex lege* que deriva de la declaració de desemparament suposa la privació total de la potestat i la declaració de desemparament és, per via indirecta, un mecanisme de privació de la potestat, a més d'exigir la constitució d'una concreta tutela³¹⁸. Basant-se en això, considera VARGAS CABRERA que en el supòsit de fet de la declaració de desemparament s'han d'incloure els casos d'impossibilitat d'incompliment, mentre que els de culpabilitat dels progenitors poden també reconduir-se a la privació de la potestat dels pares de l'art. 170 CC. Aquest raonament dóna una volta –innecessària i incorrecta— per equiparar desemparament i privació de la potestat dels pares. Si es parteix que el desemparament no és necessàriament privació de la potestat sinó

³¹⁷ La posició dominant de la jurisprudència nega l'equiparació entre declaració de desemparament i la situació d'estar sotmès a causa de privació de la potestat. Vid. un resum d'aquesta jurisprudència en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, cit. Milagros GARCÍA PASTOR, "Comentario art. 177 CC", p. 801-802. Assenyala aquesta autora que en els casos de desemparament els tribunals que decideixen sobre l'adopció han d'analitzar si els pares estan o no sotmesos en causa de privació de la potestat per constituir-la. La declaració que els pares estan sotmesos en causa de privació de la potestat s'ha de fer en un procediment contradictori, mentre que la declaració de desemparament, en el cas que sigui objecte de revisió judicial es realitza pels tràmits de jurisdicció voluntària.

³¹⁸ Bartolomé VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994 entén que la tutela automàtica "és incompatible amb la pàtria potestat la privació de la qual suposa", p. 92; i en la nota 184 cita els autors que segueixen aquesta tesi. En la nota 205, p. 104: diu que en dret comparat es contempla l'assumpció de la guarda i custòdia de menors per ens administratius per evitar riscos al menor, però no la privació plena de la pàtria potestat sense decisió judicial. Eduardo SERRÀ ALONSO, entén que el sotmetiment a acolliment és causa de privació de la potestat de forma absoluta pel que fa a l'esfera personal del menor i relatiu pel que fa a l'esfera patrimonial. "Comentario art. 172 CC", *Comentario del Código civil*, Tomo 2, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (Presidente y coordinador), cit. p. 475. Para Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO, "qualsevol jutge que aprecii una situació de desemparament cal que, al mateix temps, privi els pares de la pàtria potestat [...] sota pena d'incongruència i de violació de l'art. 39.2 CE", *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, cit. p. 235 y 266.

suspensió,³¹⁹ s'han d'incloure totes les possibilitats d'incompliment —imputable o inimputable als progenitors— en la privació de la potestat.

La *suspensió de la pàtria potestat* no suposa la seva extinció, com succeeix amb la privació de la pàtria potestat que s'inclou entre les causes d'extinció de la potestat respecte al seu titular i tampoc hi ha base legal que permeti defensar l'equivalència entre la suspensió i la privació de la pàtria potestat. La legislació de protecció de menors que pressuposa una declaració de desemparament pren en consideració el fet que els progenitors estiguin o no privats judicialment de la potestat,³²⁰ la qual cosa evidència que la declaració de desemparament —i subsegüent suspensió de la potestat— no comporta l'extinció de la potestat, o com a mínim l'extinció de la totalitat de la potestat. Que el progenitor suspès de la potestat ostenta la mateixa es manifesta especialment en que conserva el dret a continuar assentint l'adopció del seu fill.³²¹

Malgrat que, en principi, conserva aquest dret, després de la suspensió de la potestat determinades facultats que integren el contingut de la potestat passen a ser exercitades per l'administració, o la persona en qui aquesta delegui, per la qual cosa pot dir-se que la suspensió de la pàtria potestat no afecta la seva titularitat sinó al seu exercici, la qual cosa implica una privació parcial de la potestat.³²²

³¹⁹ Bartolomé VARGAS CABRERA, cit. p. 98. Encara que el mateix autor a peu de pàgina admet que l'actuació jurisprudencial no és tan clara i admet la interpretació objetivadora de l'incompliment. [El tractament de l'incompliment forçós de caràcter temporal s'estructura a través de la institució de la guarda. Si l'incompliment forçós és irreversible o hi ha desemparament culpable del menor llavors correspon la tutela automàtica de l'Administració, p. 88-89]. Aquest autor entén que aquest desemparament de l'art. 172.1 CC i la consegüent extinció de la pàtria potestat o tutela necessiten la corresponent declaració judicial, després de la qual l'ens obligat assumeix la tutela automàtica, en aquest sentit, l'art. 172 CC no modifica el règim de privació de la potestat. La declaració administrativa de desemparament no determina automàticament la privació de la potestat (p. 108-109).

³²⁰ Als efectes de legitimació per intervenir en l'adopció de determinades mesures.

³²¹ Amb les limitacions que s'assenyalen més endavant respecte a la circumstància d'estar sotmès a causa de privació de la potestat.

³²² Aquesta opinió és defensada, respecte del Codi civil, per María LINACERO DE LA FUENTE per a qui l'assumpció de la tutela automàtica suposa la privació temporal de la pàtria potestat, entesa com a privació del seu exercici amb el límit dels actes de contingut patrimonial. *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 241.

Els ordenaments no assenyalen clarament si la suspensió afecta a totes les facultats que inclou la potestat —que passen a ser exercides per l'administració— o només a algunes.³²³ Si la suspensió de la potestat és total, als progenitors els queda només la titularitat formal sense cap possibilitat d'exercici. Per tant, en la pràctica s'estaria davant una privació de la potestat per resolució administrativa que implica que és l'administració o la persona en qui hagi delegat les funcions, que exercita la totalitat de les facultats de la pàtria potestat.³²⁴ És difícil admetre l'existència d'una suspensió de la totalitat de les facultats de la potestat, ja que al progenitor privat li queda com a mínim la facultat d'assentir l'adopció del seu fill.³²⁵

Ja s'ha dit que la falta de precisió dels textos legals sobre aquesta qüestió ha suscitat interpretacions diverses. Enfront dels que sostenen que la suspensió és una forma de privació de la potestat hi ha els que defensen que la suspensió

³²³ La legislació balear és una excepció ja que la Llei 7/1995, de 21 de març, de protecció de menors regula amb deteniment els efectes de la resolució de desemparament.

Art. 9. Efectes de la resolució de desemparament

La resolució administrativa que declara el desemparament comporta al naixement de la tutela automàtica de l'òrgan competent, produint els efectes següents:

- a) L'assumpció provisional per part de l'òrgan, respecte dels menors, de les facultats de guarda, consistents a vetllar per ells, buscar-los allotjament, alimentar-los, educar-los i procurar-los una formació integral, així com corregir-los raonablement i moderadament.
- b) La suspensió provisional de l'exercici directe pels pares o tutors de les facultats descrites en l'apartat anterior, encara que mantinguin els seus deures de prestació econòmica.
- c) L'adopció de qualssevol mesures provisionals específiques de protecció de caràcter assistencial o terapèutic, inclusivament les contingudes en l'article 15 d'aquesta llei.

³²⁴ Aquesta opinió és compartida pels tècnics de la DGAM per als qui, després de la declaració de desemparament, l'administració exerceix, sense necessitat d'intervenció alguna dels progenitors, les dites facultats: adopta mesures en relació amb l'educació del menor d'edat, autoritza intervencions quirúrgiques, administra el patrimoni del menor i sol·licita autorització judicial per disposar dels seus béns, accepta herències a favor del menor desemparat, etc. Òbviament, l'exercici d'aquestes facultats es desenvolupa sempre en benefici del menor d'edat desemparat. Segons aquesta interpretació, la declaració judicial de privació de la potestat no afegix res a la posició que ostenta l'administració que, conseqüentment, en poques ocasions sol·licita la mateixa. Només si és aconsellable per al menor desemparat la seva adopció sol·licitarà la intervenció però directament per a la constitució judicial de l'acolliment preadoptiu, no la privació de la potestat. La privació de la pàtria potestat suposarà diferències quant a la major facilitat per adoptar les mesures de protecció subsegüents a la privació de la potestat, ja que segons el CC permetrà l'adopció administrativa de qualsevol mesura que, d'una altra forma, exigiria acudir al jutge amb la consegüent ralentització de la protecció —encara que el CC permet intervencions sense desemparament en situacions de risc: art. 17 LOPM—; en l'ordenament catalán només tindrà transcendència en l'acolliment preadoptiu administratiu. En el mateix sentit es pronuncia Aurora LÓPEZ AZCONA en “La autorización judicial de entrada en ejecución de la declaración de desamparo”, *Aranzadi Civil*, nº 4, mayo 2001, p. 23.

³²⁵ De forma semblant a la legislació francesa y los *Pupilles de l'état*.

de la potestat és un tipus de privació parcial de la potestat, no merament quant al temps sinó quant a les facultats de la potestat afectades per l'assumpció de la tutela per l'administració, però els textos legals no permeten elucidar quines són les que resulten afectades.

Els preceptes que fan referència a l'assumpció de concretes facultats per part de l'administració o al manteniment de les facultats en poder dels progenitors són els següents:

Art. 17 RPMA

La Direcció General d'Atenció a la Infància exercirà les funcions tutelars, mitjançant els òrgans esmentats en el capítol I, en les condicions específiques previstes a la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars.³²⁶

Art. 19 RPMA

Quan el menor tutelat disposi de béns propis, la Direcció General d'Atenció a la Infància actuarà de conformitat amb les disposicions de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars. En cas necessari, quan les circumstàncies ho aconsellin, es podrà promoure el nomenament judicial d'administrador patrimonial.³²⁷

Considero que hi ha base legal per defensar que la suspensió de la potestat no afecta a la totalitat de les facultats d'aquesta. En aquesta línia de defensar una suspensió de determinades facultats que integren la potestat dels pares i no la totalitat cal tenir en compte les característiques de la funció de protecció que assumeix l'administració, assenyaladament —segons els casos— la provisionalitat i la finalitat de reintegrar el menor a la seva pròpia família, sempre que sigui possible en atenció a l'interès d'aquest,³²⁸ la qual cosa

³²⁶ La referència s'entén feta al Codi de família, art. 197-217 que substitueix la llei.

³²⁷ La referència s'entén feta al Codi de família, art. 197-217 que substitueix la llei.

³²⁸ El TEDH ha assenyalat que les mesures de protecció dictades per l'administració han de facilitar la reunificació de la família, sempre que aquesta sigui possible. Vid. *Cas Kutzner v. Alemanya*, 26.2.2002, n. 76. En determinats casos no s'exigeix aquest requisit: si es preveuen

almenys en ocasions vindrà facilitat per la conservació per part dels progenitors d'algunes facultats, especialment les relacionades amb les decisions rellevants relatives a l'educació del fill o a intervencions quirúrgiques.

En aquest sentit, cal entendre que l'abast de la suspensió de la potestat es limita a les facultats i deures incompatibles amb la mesura que s'hagi adoptat.³²⁹ L'abast de la suspensió vindrà determinada no tant per la declaració de desemparament com per la mesura de protecció subsegüent, que s'adapta precisament a les necessitats del menor d'edat i ha de partir de la conveniència —en abstracte— de no separar el menor de la seva família i, en el cas que sigui necessari, que sigui el mínim temps possible.³³⁰

Al costat d'això, i respecte a la llei catalana, l'elenc de mesures que pot adoptar l'administració permet defensar que no en tots els casos el conjunt de facultats de la potestat que són assumides per l'administració serà el mateix.

Art. 5 LPMA

1. Les mesures a adoptar, sempre amb informe previ dels equips tècnics competents i tenint en compte l'interès del menor, poden ésser:

Primera. L'atenció en la pròpia família del menor, mitjançant ajuts de suport psicosocial, de caire personal o econòmic, de l'Administració.

inútils els esforços o perjudicials per al menor. Vid. Ira MARK ELLMAN et al., *Family Law*, cit. p. 1346, 1350. En aquests casos, per exemple, tant el legislador alemany com l'americà, exigeixen que es provi que han fallat les ajudes públiques, o que s'han posat esforços raonables per a reunificar la família.

³²⁹ Josep FERRER RIBA, "Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y de la adolescencia en Cataluña", *Derecho privado y Constitución*, 7-1995, p. 77.

³³⁰ Tal com assenyalen expressament el CC i la LPMA:

Art. 5.3 LPMA. Ha de procurar, sempre que sigui possible, aplicar mesures que no comportin la separació del menor de la seva llar i del seu entorn familiar. Si fos necessària la separació transitòria, aquesta no ha d'impedir els drets de visita i comunicació amb la família natural, si convé a l'interès del menor.

Art. 172.4 CC. Es buscarà sempre l'interès del menor i es procurarà, quan no sigui contrari a aquest interès, la seva reinserció en la pròpia família i que la guarda dels germans es confii a una mateixa institució o persona.

Segona: L'acolliment simple del menor per una persona o una família que puguin substituir, provisionalment o definitivament, el seu nucli familiar natural.

Tercera. L'acolliment simple en un centre públic o col·laborador.

Quarta. L'acolliment familiar preadoptiu.

Cinquena. Qualsevol altra mesura aconsellable, de caràcter assistencial, educatiu o terapèutic, ateses les circumstàncies del menor.

2. La mesura es pot adoptar en el moment de fer-se la declaració de desemparament.

3. S'ha de procurar, sempre que sigui possible, d'aplicar mesures que no comportin la separació del menor de la seva llar i del seu entorn familiar. Si fos necessària la separació transitòria, aquesta no ha d'impedir els drets de visita i comunicació amb la família natural, si convé a l'interès del menor.

4. En l'adopció de qualsevol mesura ha d'ésser escoltat el menor de més de dotze anys, i el de menys de dotze si té prou coneixement i és possible.

Teòricament seria defensable una definició de la distribució de funcions de la potestat entre l'administració i els progenitors suspesos de la potestat *ad casum*, en funció de la mesura adoptada. En aquest sentit, de *lege ferenda*, seria desitjable un sistema semblant a què contempla el Codi civil per a la guarda assistencial i per a la formalització de l'acolliment. En ambdós casos es preveu la formalització per escrit en la que consten les responsabilitats que continuen mantenint els progenitors respecte al fill i els drets que ostenta l'administració. La legislació catalana estableix en l'art. 7 LPMA que en la notificació als pares de la mesura establerta per l'administració ha de constar el seu abast.³³¹

Si la mesura que acorda l'administració no implica la separació del menor dels

³³¹ En la pràctica i a Catalunya, la resolució de desemparament estableix el tipus de mesura de protecció que sembla més adequada per al menor sense concretar més. Si és convenient per al menor es pot establir en la mateixa resolució un règim de visites i comunicació amb els fills per als pares.

seus progenitors difícilment podrà dir-se que aquests siguin només uns guardadors de fet; a més de tenir les obligacions derivades de la guarda de menors tindran el dret i el deure de prendre les decisions —de caràcter ordinari o extraordinari— que afectin l'educació i formació del menor, com un canvi de col·legi, o l'autorització per a una intervenció quirúrgica, sense més límits que els que derivin del contingut de la mesura fixada per l'administració, que pot restringir en part la llibertat dels progenitors quant a l'educació del menor d'edat en prohibir un determinat tipus de curs o exigir el seguiment d'una determinada teràpia al fill.

Si la mesura de protecció d'un menor que estableix l'administració és l'acolliment —estadísticament és la que s'adopta en major proporció—,³³² per determinar quines facultats continuen ostentant els pares es té en compte per una costat la regulació que estableix quins deures assumeixen els acollidors i per un altre, cal distingir segons es tracti d'un acolliment simple —familiar o institucional— o preadoptiu, i encara dins l'acolliment simple caldria tenir en compte els supòsits en què el retorn amb la pròpia família no es contempla com a possibilitat de futur o d'aquells en què es veu probable aconseguir el reintegrament del menor en la pròpia família.

Art. 10 LPMA

2. Les persones que rebin un menor en acolliment simple tenen l'obligació de vetllar per ell, tenir-lo en llur companyia, alimentar-lo, educar-lo i procurar-li una formació integral, sempre sota la vigilància, l'assessorament i l'ajut de l'organisme competent.

Art. 15 LPMA

Les persones que reben un menor en acolliment preadoptiu tenen l'obligació de vetllar per ell, tenir-lo en llur companyia, alimentar-lo, educar-lo i procurar-li una formació integral, sota la supervisió de l'organisme

³³² Segons l'Anuari estadístic del Ministeri d'Interior de 1999 de les mesures de protecció de menors adoptades els anys 1990 a 1999 el 32% són tuteles (aquí han d'incloure's acolliments residencials), el 18% acolliments familiars i el 6% adopcions, un 64% enfront del 44% de guardes legals. A Catalunya, la diferència és encara més marcada com es reflecteix al quadre recollit en la darrera nota.

competent, que ha de facilitar l'assessorament necessari.

En tots els casos les decisions ordinàries de la potestat corresponen als acollidors que són els que conviuen amb el menor. En els supòsits d'acolliment preadoptiu, en els que no hi ha possibilitat de retorn del menor amb la seva pròpia família i els acollidors, després dels terminis legals, seran pares adoptius del menor, la totalitat de les facultats —ordinàries i extraordinàries— tant en l'àmbit personal com en el patrimonial han de ser exercitades per aquests. El progenitor suspès però no privat de la potestat conserva únicament la facultat d'assentir a l'adopció del seu fill.

En el cas de l'acolliment simple és on l'establiment de la distribució de les funcions paternofilials entre pares i acollidors pot ser més complexa. L'àmbit d'actuació que expressament concedeix l'art. 10 LPMA evidència que els acollidors no són només uns guardadors i que, per tant, no sols cal que tinguin les facultats ordinàries sinó també les extraordinàries que els permetin adoptar decisions rellevants per al desenvolupament del menor sense necessitat de requerir el consentiment dels progenitors, ja que això podria dificultar el normal desenvolupament del menor, per la previsible oposició dels progenitors a les decisions dels acollidors.

Igual que la tutela *ex lege* la *guarda assistencial* és compatible amb la potestat dels pares i igualment, tampoc l'ordenament assenyala quines conseqüències té l'assumpció per l'administració de guarda assistencial sobre la potestat dels progenitors. La voluntarietat i la provisionalitat de la mesura permeten defensar que és un supòsit en part semblant a la delegació de la potestat temporal pel que caldria estar en primer lloc a la voluntat de les parts i, a falta d'aquesta, entendre que l'exercici ordinari de la potestat correspon a l'administració o a la persona en la que aquesta delegui i els progenitors conserven l'exercici extraordinari de la potestat que els permet intervenir en la presa de decisions d'especial transcendència per al menor d'edat.³³³

³³³ María LINACERO DE LA FUENTE d'acord amb el criteri de l'art. 156 CC propugna una distribució general de funcions entre el guardador i els progenitors no privats ni suspesos de la potestat que permeti a aquests últims intervenir en les decisions transcendents en la vida del fill.

Aquest és també el criteri que estableix la *legislació italiana* per al supòsit d'*affidamento*. Si el menor d'edat és acollit amb o sense consentiment dels progenitors aquests, si no han estat privats de la potestat, conserven la possibilitat d'intervenir en les decisions importants de la vida del fill, així com les facultats que integren la potestat patrimonial i es reserven per a l'acollidor les decisions ordinària i les urgents.³³⁴

En la pràctica la guarda assistencial és poc freqüent.³³⁵ a l'administració no li

Segons aquesta distribució als guardadors els corresponen per raons pràctiques i de flexibilitat els actes usuals que requereixi l'atenció del nen, així com els actes d'administració dels seus béns. Als progenitors no privats ni suspesos els corresponen les decisions importants referents a la pàtria potestat (educació, elecció de centre escolar, educació religiosa, intervencions quirúrgiques o tractaments mèdics que puguin implicar riscos, així com la sol·licitud d'autorització judicial per a l'alienació de béns del menor d'edat. A més a més cal tenir en compte l'àmbit d'autonomia que correspon al propi menor sobre qualsevol d'aquestes qüestions en atenció al seu grau de desenvolupament. *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 252.

³³⁴ Art. 5 Llei 28.3.2001, n. 149, de modificació de la llei 4 .5.1983, n. 184, relativa a la "*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*":

1. L'affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione, tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi degli articoli 330 e 333 del codice civile, o del tutore, ed osservando le prescrizioni stabilite dall'autorità affidante. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 316 del codice civile [relativo al ejercicio de la potestad por los progenitores]. In ogni caso l'affidatario esercita i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie [...].Vid. Gabriella AUTORINO STANZIONE, *Diritto di Famiglia*, Giappichelli, Torino, 1997, p.282-283: exemplifica aquelles facultats que corresponen als progenitors en el cas de tenir el fill en acolliment tenint en compte que la funció de l'acollidor no ha d'exercitar-se contra els progenitors, sinó en concurs amb les facultats d'aquests. La legislació italiana parteix de la idea de provisionalitat de l'acolliment que ha de finalitzar ja en reassumir els progenitors la potestat del menor ja en passar a un estat preadoptiu el menor si es veu impossible el reintegrament del menor en la seva família d'origen.

³³⁵ *Medidas legales de protección de menores**** adoptadas en Catalunya. 2000



Fuente: Elaboración CIIMU a partir de los datos de la DGAM. Memoria 2000.

Cuadro extraído de *Informe 2002: La infància i les famílies als inicis del segle XXI*. Vol. V *La infància en situació de risc*, Antoni PETRUS, Carme PANCHÓN, Sílvia GALLEGRO, Institut d'Infància i Món Urbà (CIIMU), Barcelona, 2002. <http://www.ciimu.org/documents/v5.pdf>.

interessa per l'escàs marge de maniobra que conserva i en alguns casos en què els progenitors havien sol·licitat que l'administració assumís la guarda aquesta ha preferit desemparar el menor i assumir la tutela *ex lege*.

Bibliografia

ACALÉ SÁNCHEZ, M. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Valencia: Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz / Tirant lo Blanch, 2000.

American Law Institute, *Principles of the law of family dissolution: Analysis and Recommendations*, Ira MARK ELLMAN (Chief reporter). Newark, N.J: Matthew Bender-LexisNexis, 2002.

AMORÓS DORDA, F. J. “Comentario introductorio a los principios rectores de la política social y económica de la CE” a *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978* (dirigits per Oscar ALZAGA VILLAAMIL), T. IV. Madrid: Edersa, 1984.

AUTORINO STANZIONE, G. *Diritto di Famiglia*. Torino: Giappichelli, 1997.

BALA, M. “Court decisions on same sex and unmarried partners, spousal rights and children”, *The International Survey of Family Law 2001*. Bristol: Family Law-Jordan Publishing Limited, 2001.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. “Comentari art. 154, 167 i 170 CC” a *Comentarios al Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coordinador). Elcano: Aranzadi, 2001.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*. Madrid: Tecnos, 1997.

BECKER, Gary S. *Tratado sobre la familia*. Madrid: Alianza Universidad, 1987 [traducció de *A Treatise on the family*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1981 per Carlos PERAITA DE GRADO].

BEGUÉ LEZAÚN, J. J. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril*. Barcelona: Bosch, 1999.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores”. *Aranzadi Civil*, núm. 11, septiembre 2002.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Derecho de los progenitores a la formación religiosa y moral de sus hijos”. *Aranzadi Civil*, núm. 8, julio 2000, pp. 11-12.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “¿Protección de menores *versus* protección de progenitores?”. *Aranzadi Civil*, III-1999, pp. 2193-2195.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia II*. Madrid: Tecnos, 1984.

BIANCA, C. M. *Diritto civile II, La famiglia – Le successioni*, 3a ed. riveduta e aggiornata. Roma: Giuffrè, 2001.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Luis GRACIA MARTÍN (coordinador), Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BRINIG, M. F. *From Contract to Covenant: beyond the Law and Economics of the Family Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. a *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, Vol. 1º Familia, Víctor M. GARRIDO DE PALMA (Coordinador), Civitas-Consejo General del Notariado, 2001.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. “Comentari art. 154 CC” a *Comentario del Código civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. “La patria potestad como función en el nuevo derecho de familia”, *Documentación Jurídica*, núm. 33 a 36, I, 1982.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. *La privación de la patria potestad. (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*. Valencia: Editorial práctica de Derecho, 2000.

CERATO, M. *La potestà dei genitori. I modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

CERVELLÓ DONDERIS, V. “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, pp. 45-67.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A. “La violencia doméstica”, *La Ley*, núm. 5380, 21.09.2001.

COESTER, M. “Comentari § 1666 i 1666a BGB” a *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen IV, Familienrecht*, 13. Auf. Bearb. Berlin: Sellier-de Gruyter, 2000.

CORNU, G. *Droit civil. La Famille*, 7a ed. Parid: Montchrestien, 2001.

COURBE, P. *Droit de la famille*, 2a ed. Paris: Armand Colin/Dalloz, 2001.

CRUZ VILLALÓN, P. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.

CUELLO CONTRERAS, J. “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”. *Poder Judicial*, 32-1993.

DAVIDSON, H. “Child Protection Policy and Practice at Century’s End”, *33 Family Law Quarterly*, Fall 1999, pp. 765-782.

LAMO RUBIO, J. de. *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*. Barcelona: Bosch, 1997.

PABLO CONTRERAS, P. DE. “Comentari art. 172 CC” a *Comentarios a las reformas del Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coordinador). Madrid: Tecnos, 1993.

DEBET, A. *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*. Paris: Dalloz, 2002.

DEKEUWER–DEFOSSEZ, F. *Rénover le droit de famille: Propositions pour droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, 1999.

MORAL MARTÍN, A. DE / MORAL GARCÍA, A. de. *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal. Estudio jurisprudencial*. Granada: Comares, 2002.

DÍEZ PICAZO, L. *La Reforma del derecho de familia matrimonio, separación, divorcio, régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad. Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho*. Sevilla: Imprenta Sevillana, 1982.

DÍEZ PICAZO, L. “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, 35-1982, pp. 3-20.

DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil I*, 10a ed. Tecnos, 2001.

B. DOBBS, D. *The Law of Torts*. St, Paul, Minn.: West Group, 2000.

EKELAAR, J. “Parental responsibility: State of Nature or Nature of the State?”, *13 Journal of Social Welfare and Family Law*; June 1991, pp. 37-50.

EGEA FERNÁNDEZ, J. “La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (Sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)”. *Derecho Privado y Constitución*, 5-1995.

ESPIAU ESPIAU, S “La situación de desamparo y las medidas de protección” a Santiago ESPIAU ESPIAU / Antoni VAQUER ALOY (eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

ESPÍN CANOVAS, D. “Comentari art. 39 CE” a *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dirigits per Oscar ALZAGA VILLAAMIL), T. IV. Madrid: Edersa, 1996.

FABIO DORIA, G. “Comentari a la sentència de la Corte de Cassació 7.11.1998”. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999.

FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, F. “Discurso ante el pleno del Congreso el día 16-12-1980, al iniciarse el debate del Dictamen de la Comisión de Justicia del mismo sobre el Proyecto de Ley de Reforma del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial”, *Documentación Jurídica*, núm. 33 a 36, t. I., 1982.

FERRER RIBA, J. “Relacions familiars i dret de danys”. *InDret*, 4-2001.

FERRER I RIBA, J. *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*. Madrid: Tecnos, 2000.

FERRER RIBA, J. “Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y de la adolescencia en Cataluña”, *Derecho privado y Constitución*, 7-1995.

FREEMAN, M. “Disputing Children” a *Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England*, edited by Sanford N. KATZ, John EEKELAAR, Mavis MACLEAN. New York: Oxford University Press, 2000.

FUENTE NORIEGA, M. *La patria potestad compartida en el Código civil español*. Madrid: Montecorvo, 1986.

FULCHIRON, H. *Droit de la famille*. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.). Paris: Dalloz, 2001.

GÁLVEZ, F. J. “Comentari art. 39 CE” a *Comentarios a la Constitución*, Fernando GARRIDO FALLA y otros, 2a ed. Madrid: Civitas, 1985.

GARCÍA PASTOR, M. “Comentari art. 170 CC” a *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*. Miguel PASQUAU LIAÑO (dirección), Tomo I. Granada: Comares, 2000.

GERNHUBER, J / COESTER-WALTJEN, D. *Lehrbuch des Familienrechts*, 4. neubearbeitete Aufl. München: Beck, 1994.

GÓMEZ POMAR, F. “Comentari art. 3 CF” a *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d’Ajuda Mútua*. Madrid: Tecnos, 2000.

GUALLART DE VIALA, A. *La Nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.

HINZ, M. “Comentari § 1666 i 1666a BGB” a *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von Kurt REBMANN, Franz Jürgen SÄCKER, B. 83. Aufl. München: Beck, 1993.

HUBER, P. “Comentari § 1631 BGB” a *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. herausgegeben von Kurt REBMANN, Franz Jürgen SÄCKER, Band VIII, Familienrecht II [§§ 1589-1921; SGB VIII], Dieter SCHWAB (Redakteur), 4. Aufl. München: Beck, 2002.

IGLESIAS REDONDO, J. I. *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs Editorial S. L., 1996.

JAEGER, W. “Comentari § 1671 BGB” a HENRICH Dieter (Herausgeber), *Eherecht*, 3. Aufl. München: Beck, 1998.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil IV*, 4a ed. Barcelona: Bosch, 1997.

LETE ACHIRICA, J. “La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de los cónyuges separados o divorciados [Comentario a la TS S 29 Marzo 2001]”. *Actualidad Civil*, 764/2001.

LINACERO DE LA FUENTE, M. *Protección jurídica del menor*. Madrid: Montecorvo, 2001.

LÓPEZ AZCONA, A. “La autorización judicial de entrada en ejecución de la declaración de desamparo”. *Aranzadi Civil*, núm. 4, mayo 2001, pp. 15-45.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “Comentari art. 39 a 49 CP” a *Comentarios al código penal* (dirigits per Manuel COBO DEL ROSAL). Tomo III. Madrid: Edersa, 1999.

LÓPEZ PÉREZ, J. *La patria potestad: voluntad del titular*, Universidad de Valladolid. Valladolid: Departamento de Derecho civil. Secretariado de publicaciones, 1982.

LÓPEZ PINA, A. “Comentario introductorio a los principios rectores de la política social y económica de la CE” a *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dirigits per Oscar ALZAGA VILLAAMIL), T. IV. Madrid: Edersa, 1996.

LOWE, N. / DOUGLAS, G. *Bromley's Family Law*. 9th ed. London: Butterworths, 1998.

LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, 8^a ed., 3^a conforme al Código Penal de 1995. Madrid: Dykinson, 2000.

MAPELLI CAFFARENA, B. / TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Civitas, 1996.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. “Ámbito de protección de los menores inmigrantes. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”. *Actualidad Civil*, 24 al 30 de septiembre de 2001.

MARK ELLMAN, I. / KURTZ, P. M. / SCOTT, E. S. *Family Law. Cases, Texts, Problems*, 3rd ed. Virginia: LEXIS Law Publishing, 1998.

MEYER, D. D. “Family Ties: Solving the Constitutional Dilemma of the Faultless Father”. *Arizona Law Review*, Fall-1999.

MIRALLES GONZÁLEZ, I. “Comentario a la STS 24.4.2000”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54-octubre/diciembre 2000.

MNOOKIN, R. H. / WEISBERG, K. *Child, Family and State*, 2nd. ed. Boston: Little Brown and Company, 1989.

MOOS, F. / WESTERDIJK, A. a *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch*, Buch 1. Personen- und Familienrecht F. NIEPER, A. S. WESTERDIJK (Red.). München /The Hague: C.H. Beck/Kluwer Law International, 1996.

MORALES PRATS, F. “Fundamento político-criminal de la supresión de la pena de interdicción civil”. *RJC*, I-1986, pp. 155 a 180.

MORENO VERDEJO, J. “La Función del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos. El menor de edad como sujeto pasivo del maltrato habitual” a *La violencia en el ámbito familiar: aspectos sociológicos y jurídicos*, Montserrat COMAS DE ARGEMIR CENDRA (directora), Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

MORO ALMARAZ, M. J. / SÁNCHEZ CID, I. *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid/Salamanca: Colex/Universidad de Salamanca, 2002.

MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte general i Parte especial*. 4a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

NADAL GÓMEZ, I *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

OLZEN, D. "Comentari § 1666 BGB" a *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. herausgegeben von Kurt REBMANN, Franz Jürgen SÄCKER, Band VIII, Familienrecht II [§§ 1589-1921; SGB VIII], Dieter SCHWAB (Redakteur), 4. München: Auf. Beck, 2002.

PEREDA GÁMEZ, J. "Comentari art. 122 CF" a *Comentarios al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*. Madrid: Tecnos, 2000.

PETRUS, A. / PANCHÓN, C. / GALLEGRO, S. *Informe 2002: La infància i les famílies als inicis del segle XXI*. Vol. V *La infància en situació de risc*. Barcelona: Institut d'Infància i Món Urbà (CIIMU), 2002.

POSNER, E. A. *Law and Social Norms*, Eric A. POSNER. Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2000.

POZUELO PÉREZ, L. *Las penas privativas de derechos en el Código penal*. Madrid: Colex, 1998.

PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. / PRATS CANUT, J. M. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia*. Madrid: Dykinson, 2001.

RAMOS CHAPARRO, E. “Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional”, *Derecho Privado y Constitución* nº 7, 1995, pp. 167-229.

RAMS ALBESA, J. [sobre obra de Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA], a AA.VV., *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 4a ed. Bosch, 1997.

REBOLLEDO VARELA, A. L. “Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero”, a *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de protección del menor*, Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi, Director Miguel Angel Pérez Alvarez. Universidade da Coruña, 1999, pp. 63-85.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Madrid: Dykinson, 2000.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. “Comentari art. 92 CC” a *Matrimonio y divorcio: comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del código civil*, J. L. LACRUZ (Coord.). Madrid: Civitas, 1994.

ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social (de la “casa” a la “persona”)*. Madrid: Civitas, 1999.

RUBIO SAN ROMÁN, J. I. *Comentarios al Código civil*, II-2, (coord. RAMS ALBESA). Barcelona: Bosch, 2000.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M. *Acogimiento y delegación en la patria potestad*. Granada: Comares, 1989.

SALANOVA VILLANUEVA, M. “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”. *Derecho Privado y Constitución* 7-1995, pp. 231-297.

SALVADOR CODERCH, P. “Causalitat i responsabilitat” (versió actualitzada) juny 2002, *InDret* 3/2002.

SALVADOR CODERCH, P. / Juan Antonio RUIZ GARCÍA, “Comentari art. 1 CF” a *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d’Ajuda Mútua*. Madrid: Tecnos, 2000.

SANCHO REBULLIDA, F. de A. *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, vol. 2º, 3a ed., 1989 i 4a ed., 1997.

SANCHO REBULLIDA, F. de A. “La patria potestad” a *El nuevo régimen de la familia II*. Madrid: Civitas, 1982.

SANTOS MORÓN, M. J. “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002 de 18 de julio”, *La Ley* nº 5675, 12.12.02.

SCOTT, E. S./ SCOTT, R. E. “Parents as Fiduciaries”, 81 *Virginia Law Review*, 1995, pp. 2401-2476.

SEISDEDOS MUIÑO, A. “Comentario a la STS 30.4.1991”, *CCJC*, nº 26, abril-agosto 1991, §691, pp. 567-578.

SEISDEDOS MUIÑO, A. “Comentario a la STS, 25.6.1994”, *CCJC* nº 36, septiembre-diciembre 1994, § 979, pp. 1175-1182.

SEISDEDOS MUIÑO, A. *La patria potestad dual*. Bilbao: Servicio editorial Universidad del País Vasco, 1988.

SERRANO ALONSO, E. “Comentari art. 170 CC”, *Comentario del Código civil*, Tomo 2, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (Presidente y coordinador). Barcelona: Bosch, 2000.

SESTA, M. “Genitori e figli tra potestà e responsabilità”, *Rivista di diritto privato*, 2/2000.

SESTA, M. “La Filiazione” a *Il Diritto di Famiglia*. Torino: Giappichelli, 1999.

SEYMOUR, J. *Childbirth and the Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal”, *InDret* 03/2002.

STANDLEY, K. *Family Law*, 3rd ed. New York: Palgrave, 2001.

SUTHERLAND, E. E. *Child and Family Law*. Edinburgh: T & T Clark, 1999.

TAMARIT SUMALLA, J. M. *La Protección Penal del Menor frente al Abuso y Explotación Sexual*. Pamplona: Aranzadi, 2000.

TAMARIT SUMALLA, J. M. *La reforma del delito de lesiones*. Barcelona: PPU, 1990.

TAPIA PARREÑO, J. J. “Medidas de protección del menor en la fase de instrucción y de ejecución del proceso penal” a *Protección de menores en el Código penal*, José Luis JORI TOLOSA (director), Consejo General del Poder Judicial, 1999.

THÉRY, I. “Informe Théry”, *Couple, filiation et parenté aujourd’hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*. Paris: Editions Odile Jacob, 1998.

VALLDECABRES ORTIZ, I. “Comentari art. 46 CP” a *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tomás S. VIVES ANTÓN (Coordinador). Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VAQUER I ALOY, A. “Comentari art. 164 CF” a *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d’Ajuda Mútua*. Madrid: Tecnos, 2000.

VARGAS CABRERA, B. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*,. Granada: Comares, 1994.

VON MÜNCH, E. M. “Comentari art. 6 GG” a *Grundgesetz-Kommentar*, VON MÜNCH / KUNIG (Hrsg), Band 1, 4. Auf. München: C.H. Beck, 1992.