

Requisitos de privación de la patria potestad

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Podríamos resumir la doctrina jurisprudencial sobre la proclamación de los criterios para privar o no de la patria potestad en lo siguiente: a) causa grave probada, subsistente y de entidad; y b) observancia de los principios de necesidad, oportunidad y salvaguarda del interés del menor.

Cuando se rebaja la pensión de alimentos para establecer una compensatoria, la audiencia actúa *extra petita*. Hay una doctrina consolidada en el siguiente sentido: las medidas siempre se adoptan en «beneficio de los menores». Bajar la pensión es perjudicar al menor y su interés está por encima de otro.

Palabras clave: patria potestad; menores.

Fecha de entrada: 11-05-2020 / Fecha de aceptación: 27-05-2020

Enunciado

En un centro penitenciario cumple condena un padre con sentencia de divorcio de su mujer y con un régimen de visitas para con su hija, más la correspondiente pensión de alimentos, y no cuestionándose, en esa sentencia primigenia, la patria potestad conjunta del padre ni la compensatoria para la madre. Pero la madre interpone demanda de modificación de medidas, transcurrido un tiempo que se interpreta como de cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de dictarse la primera sentencia, solicitando la supresión de la patria potestad del padre respecto de un hijo y del régimen de visitas, y todo ello por un indebido ejercicio de la patria potestad tras abandonar al hijo y el escaso tiempo de convivencia con él, incluso cuando vivía en libertad, así como una pensión compensatoria a su favor, sin petición alguna de modificación de la de alimentos establecida. La sentencia de 1.ª instancia accede a la supresión de la patria potestad porque el padre, por los hechos por los que fue condenado: agredir sexualmente a la hermana, revela con su comportamiento estar lejos de poder ejercer la patria potestad con los mínimos deberes de «asistencia moral y material», los incumple de manera grave y reiterada.

Considera, tras analizar el caso y sus circunstancias, y aplicando los siguientes criterios razonados en la sentencia: causa grave probada, subsistente y de entidad, y los principios de necesidad, oportunidad y conveniencia para salvaguardar el interés del menor, que la privación de la patria potestad ha de ser definitiva.

Recurrida en apelación por el padre, se estima parcialmente su recurso y se le priva de esa patria potestad exclusivamente hasta que «se extinga la pena privativa de libertad». La audiencia esgrime como argumento principal que el artículo 170 del CC concede una facultad discrecional al juez, atendiendo a las circunstancias del caso, y que habiendo valorado dichas circunstancias considera que la limitación temporal es suficiente, porque la interpretación de la privación de la misma siempre ha de ser restrictiva. De otro lado, accede a la pensión compensatoria a favor de la madre por dos años y hace uso de la facultad discrecional que le confiere el artículo 752, decretando de oficio pruebas para valorar la pensión compensatoria solicitada, ante la escasez de la proporcionada por la representación de la madre, minorando proporcionalmente la de alimentos previamente fijada en la primera sentencia. Así, la pensión de alimentos se vio reducida de 500 a 200 euros y la pensión compensatoria se estableció en 300 durante un tiempo.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuáles son los criterios para privar temporal o definitivamente la patria potestad del padre, y, en consecuencia, cabe entender correcta la sentencia de la audien-

- cia provincial que solo priva al padre de dicha patria potestad hasta la extinción de la pena privativa de libertad?
2. ¿Se puede minorar la pensión de alimentos para establecer una compensatoria en favor de la madre, como así ha acordado la audiencia en la apelación?

Solución

1. ¿Cuáles son los criterios para privar temporal o definitivamente la patria potestad del padre, y, en consecuencia, cabe entender correcta la sentencia de la Audiencia provincial que solo priva al padre de dicha patria potestad hasta la extinción de la pena privativa de libertad?

Hemos de empezar por el artículo 170 del CC, en relación con el 154 del mismo texto legal. Un padre divorciado que cumple condena por agresión sexual a una hija, hermana del otro, de quien se pide la privación de la patria potestad. Una madre que la pide indefinida. Un padre que recurre para que se limite esa patria potestad a un tiempo. La sentencia de instancia que da la razón a la madre, y la sentencia de apelación de la audiencia provincial con el fallo ya expuesto en el caso, en la narración fáctica, con los argumentos que justifiquen su pronunciamiento.

Pues bien, esos argumentos son los que vamos a aclarar aquí: con base en qué, con arreglo a qué criterios puede la audiencia limitar o privar en definitiva la patria potestad (o el juzgado de 1.ª instancia). Obsérvese que la sentencia del juzgado de instancia sí alude a la supresión de la patria potestad «porque el padre, por los hechos por los que fue condenado: agredir sexualmente a la hermana, revela con su comportamiento estar lejos de poder ejercer la patria potestad con los mínimos deberes de "asistencia moral y material"». Lo cual está en sintonía con la fundamentación que se extrae de un artículo 170 que prevé la privación total o parcial por incumplimiento de los deberes, por no poder, en definitiva, ejercer la patria potestad.

Resulta asimismo significativo detenerse en la apreciación del incumplimiento grave y reiterado –la audiencia no dice o no parece analizar nada de esto–. De fijarnos otra vez en el precepto 170, de su redacción literal, se extrae como valor esencial para la decisión soberana del juzgador lo grave y lo reiterado del incumplimiento, tanto material como moral. El interno en el centro penitenciario ha agredido sexualmente a la hermana (su hija), y este hecho no impide valorar su comportamiento como padre respecto del otro hijo, al margen, como si fueran independientes.

Por supuesto que la conducta delictiva se proyecta sobre la patria potestad del otro hijo. He aquí, por tanto, otro criterio. Como también que el ejercicio de ese derecho-deber se realiza en beneficio del hijo –no es solo un derecho de los padres–, y por ello, decidir si se mantiene, priva o limita estará en función del beneficio, o lo que es lo mismo, del interés del hijo. Por eso nos recuerda la sala en la Sentencia de 6 de junio de 2014, rec. núm. 718/2012 (NCJ058527), que:

La institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma. [De otro lado, que] su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre 1996; 10 noviembre 2005; 18 octubre 1996; 10 noviembre 2005).

Hemos mencionado el elemento del interés del menor, que vamos a utilizar ahora para rebatir el único argumento de la audiencia para limitar temporalmente la privación de la patria potestad. Si la gravedad y la reiteración son importantes y el ejercicio no es solo un conjunto de derechos, sino de obligaciones, se comprende que el interno difícilmente pueda ocuparse de su hijo dentro del centro penitenciario y que el pasado de él, extramuros de la penitenciaría, también debe analizarse para concluir en él inadecuado por abandono del ejercicio de sus obligaciones como padre, de manera reiterada y grave. Y esto se estudia desde la perspectiva del interés del menor. Este es el dato esencial.

Cuando el artículo 170 del CC dice literalmente: «El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial», está estableciendo una cláusula general de amplia y discrecional interpretación judicial. Pero eso no significa que no haya un control, atendidas las circunstancias del caso en concreto; de tal suerte que, si los padres actúan en interés del menor, el juez también debe entender ese artículo desde la perspectiva del menor al que lo va a aplicar.

De ahí que la jurisprudencia haya recalcado al respecto, de una manera muy gráfica, en su STS 183/1998, de 5 marzo, interpretando el contenido del artículo 170 del CC y las circunstancias del caso, lo siguiente: si bien «exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...], en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor». Como se puede ver en el caso, la audiencia ha decidido sin invocar el interés del menor que racionaliza y controla esa aparente discrecionalidad de su decisión. Le ha faltado también la ponderación del control que tiene su fundamento, entre otros preceptos o disposiciones, en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. Agredir a la hermana supone poner en peligro grave al otro hermano; no convivir mucho tiempo en el pasado con el hijo tampoco le beneficia. En definitiva, el interés del menor pasa por la privación definitiva de la patria potestad.

Ahora bien, hay que mencionar una jurisprudencia que viene de antiguo y que proclama la excepcionalidad, y por ello, a pesar de lo dicho, no basta con el incumplimiento grave, sino que su adopción sea aconsejable según las circunstancias de cada caso. Así, la STS de 6 de julio de 1996 declara que

El artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva. La aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma.

Es una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle la asistencia de todo orden –artículo 39.3–, por lo que todas las medidas judiciales relativas a ella han de adoptarse considerando primordialmente el interés superior del hijo, como indica la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre de 1989, artículos 3.1, 9 y 18.1, en cuyo beneficio está concebida y orientada esta institución.

Por ello, la privación de la patria potestad del Código Civil, que por su gravedad ha de reputarse excepcional y aplicarse únicamente en casos extremos, no puede ser considerada sin más una especie de sanción abstracta a la conducta indigna de sus titulares, pues sobre tal consideración prima el interés del menor y, por ello mismo, la conveniencia y oportunidad de tan rigurosa medida para su adecuada protección. Así pues, para establecerla no basta la sola constatación de un incumplimiento, aún grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor.

En definitiva, agrupando toda la doctrina jurisprudencial y reiterando el error de la audiencia y el acierto del juzgado de 1.ª instancia, la proclamación de la privación de la patria potestad se debe fundamentar en esto –según la STS de 6 de julio de 1996–:

- a) Causa grave probada, subsistente y de entidad;
- b) aplicando los principios de necesidad, oportunidad y conveniencia si así se salvaguarda el interés del menor.

2. ¿Se puede minorar la pensión de alimentos para establecer una compensatoria en favor de la madre, como así ha acordado la audiencia en la apelación?

Vemos que la sentencia de 1.ª instancia no acuerda una pensión compensatoria a la mujer, solo determina la pensión de alimentos en favor del hijo. Dejando al margen las consideraciones relativas a la existencia de circunstancias no tenidas en cuenta cuando se dictó la primera resolución, tal y como exige el artículo 775 de la LEC –no es cuestión aquí su examen– y, por tanto, si procede o no considerar como tal aquella que permite a la madre solicitar ahora –y no entonces– una compensatoria, de lo que se trata es de contestar a la pregunta siguiente: ¿cabe compensar los alimentos al imponer una compensatoria a la mujer?

Los alimentos sustentan al hijo y la pensión a la mujer se fundamenta en su dedicación a la familia que le impide su desarrollo personal o laboral. Los principios de proporcionalidad y necesidad rigen en esta materia, y si, por un lado, se impone una pensión compen-

satoria de 300, mantener la de alimentos igual hace imposible el pago de la totalidad de las dos pensiones. En cualquier caso, la respuesta pasa por reflexionar acerca de la naturaleza jurídica de ambas figuras, respondiendo siempre en atención al interés del menor.

¿Qué puede decirse de la pensión de alimentos del hijo? Respetando –como se ha dicho– el principio de proporcionalidad, y sabiendo que la discrecionalidad impera en esta materia de orden público, pero asentada en la valoración de la prueba, la audiencia, cuando cifra la pensión de alimentos del hijo y la minora, puede estar aplicando la discrecionalidad aludida, pero con prueba. Es decir, la discrecionalidad no implica arbitrariedad.

Nos recuerda la jurisprudencia a este respecto:

La institución del derecho de alimentos entre parientes, entre los que se encuentran los hijos, bien sean mayores o menores de edad, descansa en principios de solidaridad familiar, alcanzando inclusive rango constitucional en lo concerniente a los hijos, según el artículo 39.2 y 3 de nuestra Carta Magna, que sin embargo viene a distinguir entre la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. La determinación de la cuantía de los alimentos, proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 CC), es facultad del juzgador de instancia –y por ende de la presente Sala– (SSTS 20 diciembre, 28 junio 1951, 21 diciembre 1951, 30 diciembre 1986, 18 mayo 1987 y 28 septiembre 1989), estando informada toda la normativa legal, reguladora de las medidas relativas a los hijos, por el criterio fundamental del «favor filii» (SSTS 31 diciembre 1982 y 2 mayo 1983).

Tras esta jurisprudencia no se esconde, en principio, una clara oposición a la compensación con la pensión de la madre, y, en tal sentido, diríamos que no hay problema en ello si el hijo obtiene una pensión que responda a la solidaridad familiar y a las necesidades, según la capacidad del padre y en función de la proporcionalidad. De otro lado, hay pronunciamientos que refuerzan la institución en favor de los alimentos, pues estos, aun no solicitados por nadie, se hallan amparados de oficio por el juez; no requieren justicia rogada para su imposición. Así lo declara la STS de 27 de diciembre de 2017:

Teniendo en cuenta el interés del menor y que las medidas que a ellos afectan deben adoptarse de oficio, sin estar sometidas a la justicia rogada, la ausencia de la actora a la vista puede incidir en la determinación del *quantum* de la pensión, pero no justificar, como afirma la recurrente y el Ministerio Fiscal, la ausencia de decisión sobre tan trascendental medida en beneficio de los menores.

El artículo 93 del CC obliga al juez «en todo caso» a imponer una pensión de alimentos. Es más, el juez puede hacer uso de lo dispuesto en el artículo 752 de la LEC y decretar de «oficio cuantas pruebas estime pertinentes». Como así se adivina en el caso práctico. Eso es lo que hace la audiencia provincial para soslayar la carencia probatoria de la representación de la madre que solicita pensión.

¿Qué decir de la compensatoria? En primer lugar, no podemos olvidar que la madre solo ha pedido la pensión compensatoria y que la audiencia ha minorado, al fijarla, la de alimentos del menor, basándose en el principio de oficio y de libertad de prueba (art 752 LEC). Es decir, compensa una con otra. La naturaleza de dicha pensión se fundamenta en la dedicación pasada y futura a la familia, en la actividad desplegada durante la convivencia. Eso es un valor que ha de compensarse temporalmente. La sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 (rec. núm. 52/2006, [NCJ051963]) se decanta por la tesis que sostiene que para apreciar la procedencia y en su caso la cuantía,

habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente: la dedicación a la familia, la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil tienen una doble función:

- a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.
- b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión.

A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

- a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.
- b)Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.
- c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal.

Fijando como doctrina jurisprudencial que:

Para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio.

Se supone que con estos parámetros la audiencia ha decidido una pensión temporal para la madre más que cuestionable, por lo que iremos diciendo.

Ahora bien, dicho todo lo anterior, instruidos sobre la naturaleza jurídica de las dos figuras, no podemos sino adentrarnos en la solución a la pregunta, empezando por el siguiente dato: al rebajar la pensión de alimentos del hijo se ha podido producir una *reformatio in peius*, con vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues el hijo ve empeorada su situa-

ción respecto de la sentencia anterior; además, entra en juego el principio de protección del menor, y también los artículos 39.2 y 3 de la CE y el artículo 2 de la Ley 8/2015 de 22 de julio,

vulnerando la doctrina consolidada del Tribunal Supremo que sostiene que toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos debe estar informada por el criterio fundamental del relevante *favor filii*, y de las características, naturaleza, destino y fundamento del derecho de alimentos (arts. 142 y ss. del CC), en relación con los arts. 92, 93 y 154.1), presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el artículo 477.3 de la LEC, pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo.

Por otro lado, el artículo 151 del CC dice literalmente: «No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos».

No conviene olvidar lo siguiente: cuando se rebaja la pensión de alimentos para establecer una compensatoria, sucede que la audiencia actúa *extra petita*. Nadie le ha pedido una minoración de la pensión del hijo. Este es otro motivo en contra de su decisión. Podríamos acogernos a lo dicho antes, es decir, como no rige el principio de justicia rogada y el tribunal puede obrar de oficio, discrecionalmente, la audiencia se permite la compensación y la rebaja de los alimentos aunque no se le haya pedido expresamente. Pero sucede que ya hay una doctrina consolidada en el siguiente sentido: las medidas siempre se adoptan en «beneficio de los menores» y punto. Es así de simple. Bajar la pensión es perjudicar al menor. Su interés está por encima de otro. Además, el caso plantea una compensatoria por dos años, sin saber qué ocurrirá después con los alimentos del hijo más allá de los dos años. Hay una contradicción interna y externa, porque tampoco existe una motivación, sino una omisión, como se ha dicho, de los argumentos más allá del bienio, dejando la pensión del hijo sin una delimitación cuantitativa clara más allá del tiempo concedido a la pensión compensatoria. Finalmente, la decisión de la audiencia empeora la situación del hijo, con lo cual la *reformatio in peius* es de libro, vulnerando la tutela judicial efectiva.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 9.3 y 24.
- Código Civil, arts. 92, 93, 97.2, 142, 146, 150, 151, 154 y 170.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 477.3, 752 y 775.
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, arts. 3.1, 9 y 18.1.
- SSTS de 28 de junio, 20 diciembre y 21 de diciembre de 1951, 31 de diciembre de 1982, 2 de mayo de 1983, 30 de diciembre de 1986, 18 de mayo de 1987, 28 de septiembre de 1989, de 5 marzo de 1998, 19 de enero de 2010, 25 de abril de 2011, 5 de octubre, 13 de junio, 25 de abril y 2 de noviembre de 2011, 6 de febrero de 2012, 19 de mayo y 6 de junio de 2014 y 13 de enero de 2017.