



PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD Y STS

30-09-2015

Por Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

Octubre 2015



I.- PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad es un conjunto de potestades de los padres sobre los hijos, dirigidas a que puedan cumplir sus obligaciones derivadas del **artículo 39.3 de la Constitución Española** y **artículo 154 del Código Civil**, que **determinan** el contenido normativo inherente a la patria potestad, que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, señala el artículo 156 del Código Civil.

Señala el artículo 170 del Código Civil que *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.

En el **artículo 92.3 del Código Civil** también se establece que en la sentencia de separación, nulidad o divorcio se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

También el **artículo 94 del Código Civil, regulador del derecho de visitas** respecto del progenitor que no tenga consigo a sus hijos menores, establece, que dicho derecho podrá limitarse o suspenderse **si se diesen graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos en resolución judicial**, subordinándose al interés y beneficio del menor, que ha de prevalecer sobre cualquier otro que pudiese concurrir.

Por tanto, la privación de la patria potestad total o parcial, no siempre lleva aparejada la suspensión de la relación del progenitor con los hijos, salvo que existan circunstancias que así lo aconsejen en interés del hijo, como en ciertos casos de enfermedad mental o drogadicción.

Por ejemplo, en el caso de la **Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 3, del 11 de febrero de 2015**, una vez rehabilitado el padre, que había estado ausente por sus ingresos en centros de desintoxicación durante los primeros años de su hijo, se entendió que no procedía la privación de la patria potestad, pues el ejercicio conjunto de la patria potestad no estaba acreditado que perjudicara al menor, y se establecieron visitas progresivas en un Punto de Encuentro que a la vista de los informes del citado Centro podrían ser ampliadas en ejecución de sentencia, de ser tales informes favorables, hasta llegar a un sistema normalizado.

Téngase en cuenta que el derecho a relacionarse con los hijos es tanto del progenitor como del hijo (artículo 160 del Código Civil).

De hecho, también el artículo 9 de la **Convención de Derechos del Niño**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y vigente en nuestro país desde el 5 de enero de 1991, establece que los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación es necesaria en el interés superior de niño.

Y el **artículo 170 del Código Civil** señala que la privación puede ser total o parcial.

La privación total debe reservarse a casos de verdadero incumplimiento grave de los deberes de la patria potestad, y cuando además resulte conveniente para el hijo dicha medida privativa, bien porque le produzca un perjuicio o daño personal o patrimonial, o le ponga en peligro o riesgo.

Además, debe tenerse en cuenta que la privación de la patria potestad **no es una medida irreversible (artículo 170.II del Código Civil)**.

Cabe la recuperación de la patria potestad, también por sentencia, si se demuestra el cese la causa que motivó la privación, en procedimiento declarativo ordinario ad hoc, o en procedimiento de modificación de medidas respecto de la sentencia de separación, nulidad o divorcio, si se determinó la privación en una sentencia de juicio verbal especial matrimonial o de relaciones paternofiliales.

Precisamente la diferencia fundamental entre la “privación” y la “extinción” de la patria potestad, es que en el caso de la privación cabe la recuperación de la patria potestad cuando cesa la causa que la motivó (artículo 170 del Código Civil, y artículo 236.7 del Código Civil Catalán, y artículo 77.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón).

Las únicas causas de extinción de la patria potestad son las del **artículo 169 del Código Civil, es decir por muerte o declaración de**

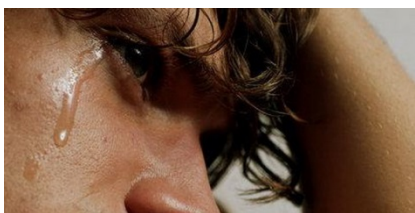
fallecimiento de los padres o del hijo, por la emancipación, o por la adopción del hijo.

Incluso en caso de incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de la patria potestad por ambos progenitores, podría dar lugar a una guarda de hecho prevista en el **artículo 303 del Código Civil**, o que para paliar la situación de desamparo o desprotección del hijo menor, asuma la tutela de dichos menores la Entidad Pública de protección competente en la respectiva comunidad autónoma, mediante la declaración de situación de desamparo, que conllevaría la suspensión de la patria potestad de los progenitores (**artículo 172 del Código Civil**)¹, y cuya resolución administrativa daría lugar a la **suspensión de la patria potestad** de ambos progenitores, que equivale a una privación parcial de la patria potestad, y sólo en caso de posterior adopción del hijo, daría lugar a la extinción de la patria potestad.

En caso de privación sobre la titularidad de la patria potestad respecto de uno sólo de los progenitores, los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, en la esfera personal y patrimonial del hijo, serán ejercidos por el otro progenitor, que podrá adoptar todas las decisiones que considere oportunas en interés del menor sin comunicárselo al progenitor privado de la patria potestad y sin su consentimiento (párrafo cuarto del artículo 156 del Código Civil).

¹ Solamente las entidades públicas con competencia territorial y funcional tienen encomendada por ley la protección de los menores y el ejercicio de la actividad tuitiva. Estas actividades tuitivas dimanar de lo establecido por el actual art. 222.4º Código Civil. La Administración debe, actuar por su propia autoridad, pero debe poner en conocimiento del Fiscal la intervención y medidas de protección adoptadas, así como a los progenitores, y al propio menor si tuviere suficiente madurez, y en todo caso si fuere mayor de doce años, en el plazo máximo de 48 horas, que pueden formular su oposición por el procedimiento preferente del artículo 780 de la LECV.

El ingreso provisional en un centro de acogida de menores, como actuación de asistencia inmediata no necesita por ello de autorización del Juez o del Fiscal, y puede y debe acordarlo la Administración en el ejercicio de las funciones que le son propias. Ahora bien, la Entidad Pública deberá solicitar al Juzgado de Primera instancia con competencia en el lugar donde radique su domicilio, que será normalmente en una capital de provincia, autorización para la entrada en domicilios y restantes edificios y lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular u ocupante, cuando ello sea necesario para la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por ella para la protección de un menor. El competente para tal autorización entiendo que en tales casos será el Juzgado de Primera Instancia especializado en familia, allí donde tuviera la sede la Entidad Pública, y existiera tal especialización (artículo 778 ter de la LECV), y si actúa en ejecución de una resolución judicial sería competente para la autorización el órgano que la hubiera dictado.



II.- PENA PRIVATIVA DE LA PATRIA POTESTAD

En caso de delito, tras la reforma del Código Penal – en adelante CP- operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se prevé en el artículo 39 j) del CP, como pena grave privativa de derechos, la pena de inhabilitación de los derechos de la patria potestad (artículo 33.2k del CP).

Se define su contenido en el artículo 46 del CP², el cual señala que implica la pérdida de la titularidad de la patria potestad, subsistiendo los derechos del hijo respecto del penado.

Hasta dicha reforma del Código Penal existía sólo la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (artículo 39 b del Código Penal), pero no la pena de privación, por lo que antes de la LO 1/2015, tras la condena, debía obtenerse la privación de la patria potestad vía civil, y no podía imponerse en la sentencia penal por el principio de legalidad como límite de la potestad punitiva del Estado, y de ahí la reforma (STS 126/2011, de 31 de enero)

Actualmente, con carácter potestativo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado para el interés del menor o incapaz, puede imponer, teniendo en cuenta el principio acusatorio, como pena principal para determinados tipos penales, bien como pena accesoria cuando este derecho hubiera tenido relación directa con el delito cometido (artículos 55 y 56 del CP), y tras la reforma del Código Penal por L.O. 15/2003 de 25 de noviembre, en los casos de violencia doméstica o de género del artículo 57.2 del CP se impondrá en todo caso, y por un tiempo superior a un año a la pena de prisión, la pena

² La inhabilitación y la privación se definen y distinguen en el artículo 46 del Código Penal que dice: “La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos **durante el tiempo de la condena**. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas”.

de prevista en el apartado 2 del artículo 48 del CP, pudiendo además imponerse otra de las prohibiciones de dicho artículo, como la prohibición de residencia en un determinado lugar (artículo 48.1 del CP), o de comunicación (artículo 48.3 CP).

La pena del **apartado 2 del artículo 48 del CP**, al que se remite el **artículo 57.2 del CP**, se refiere a las penas de prohibición de aproximación y de comunicación con la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena simultáneamente con la de prisión, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuere grave, o de cinco si fuere menos grave.

La privación de la patria potestad cabe que, como pena principal y de forma razonada, la imponga el Juez, según se prevé en las disposiciones comunes a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (artículo 192.2 del CP).

Es decir, tanto para imponer la pena de privación como la de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, debe justificarse que su imposición sea de interés para el menor ofendido o perjudicado, y además si se acuerda cualquiera de ellas, se comunicará de inmediato a la entidad pública de protección de menores y al Ministerio Fiscal, para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias (Disposición Adicional segunda del CP³).

³ La Disposición Adicional segunda del Código Penal señala que:

“Cuando la autoridad gubernativa tenga conocimiento de la existencia de un menor de edad o de un incapaz que se halla en estado de prostitución, sea o no por su voluntad, pero con anuencia de las personas que sobre él ejerzan autoridad familiar o ético-social o de hecho, o que carece de ellas, o éstas lo tienen en abandono y no se encargan de su custodia, lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores y al Ministerio Fiscal, para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias.

Asimismo, en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, o la privación de la patria potestad lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias”.

Las consecuencias civiles de privar de la patria potestad al victimario son más graves que la mera suspensión o inhabilitación en su ejercicio:

1º La privación de la patria potestad determina la pérdida no definitiva, es decir sin extinción, recuperable, de los derechos sobre el hijo, pero no al revés, ya que el hijo podrá reclamar alimentos o la legítima.

Sin perjuicio de lo anterior, **el progenitor privado de la patria potestad tiene obligación de seguir velando por el hijo y de prestarle alimentos (artículo 110 del Código Civil), y por ello sigue legitimado para solicitar medidas de protección del artículo 158 del Código Civil o medidas de recaudo de los bienes del menor a que se refiere el artículo 167 del Código Civil,** y si beneficia al menor, y lo establece la sentencia, puede seguir en ciertos casos relacionándose con el hijo cuya potestad ya no ostenta, con el régimen de visitas que establezca la sentencia en su caso (artículo 160 del Código Civil).

2º La privación afecta a los derechos sobre la sucesión del menor, pues puede constituir causa de indignidad para suceder al hijo haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170 del Código Civil, haber negado alimentos o haber atentado uno de los padres contra la vida del otro si no hubo reconciliación (artículo 854 del Código Civil).

3º Por otra parte, no es necesario que se recabe el consentimiento en la adopción del progenitor privado de patria potestad (artículo 177 del Código Civil).



III. MEDIDAS CAUTELARES QUE AFECTAN AL EJERCICIO DE LA

PATRIA POTESTAD EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (BOE de 23 de julio), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modificó el artículo 1, en su apartado 2, y los artículos 61.2, 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con efectos del 12 de agosto de 2015.

Viene a reconocer a los hijos menores o sujetos a su tutela o guarda y custodia de las mujeres, que sufran violencia simultáneamente a la de género, una protección y asistencia como si fueran víctimas directas de la protección integral que otorga la LO 1/2004 (modificación del artículo 1, apartado 2 de la LO 1/2004), y determina que los Jueces en estos casos se pronuncien siempre sobre la procedencia de suspender la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela o guarda de hecho respecto de los menores que dependan del investigado por violencia de género. Y si no se acuerda la suspensión cautelar de la patria potestad o guarda, se pronuncien en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la misma, y que adopten las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, realizando un seguimiento periódico de su evolución (modificación del artículo 65 de la LO 1/2004).

En los casos en que ya existiera un régimen de visitas judicialmente establecido, el artículo 66 de la LO 1/2004, establece que cabe la suspensión cautelar del mismo en caso de indicios de violencia de género, y si no acordara la suspensión el Juez, deberá pronunciarse en todo caso sobre el régimen de estancia, relación o comunicación del investigado por violencia de género, respecto de los menores que dependan del mismo, y también que se adopten las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de

los menores y de la mujer, y que se realice por el Juzgado que conoce del procedimiento penal un seguimiento periódico de su evolución.

Por tanto, el **artículo 66 de la LO 1/2004**, a diferencia del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -LECR-, que también fue modificado por Ley 4/2015⁴, exige en todo caso un pronunciamiento sobre medidas paternofiliales respecto de los menores que dependan del investigado por delito de violencia de género, adoptado con contradicción del investigado y de la denunciante, aunque ya se hubieran establecido anteriormente por un Juzgado civil.

Teniendo en cuenta lo anterior, la reforma por tanto determina que sea inaplicable el Protocolo de coordinación entre los Juzgados civiles y penales en materia de violencia doméstica del año 2005, al menos en su apartado 7.1, pues en el mismo sentido para la violencia doméstica se pronuncia respecto de los hijos menores o con capacidad judicialmente modificada el nuevo **artículo 544 quinquies de la LECR**⁵.

⁴ El punto 7 del artículo 544 ter de la LECR fue modificado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que entró en vigor el 28 de octubre, señalando que el Juez acordará medidas cautelares civiles que fueren precisas en la orden de protección, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas del artículo 158 del Código Civil.

En la disposición final 1.14 la Ley 4/2015, de 27 de abril, y para delitos del artículo 57 del CP (delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico), es decir, en los mismos casos del artículo 544 bis de la LECR en los que cabe dictar cautelarmente una orden de alejamiento o de no comunicación, y cuando resulte necesario para proteger al menor o a la persona con capacidad judicialmente modificada, introduce un nuevo artículo 544 quinquies en la LECR, para determinar legalmente, que cuando resulte necesario para la protección de un menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, víctima de un delito del artículo 57 del Código Penal, el Juez pueda adoptar la suspensión de la patria potestad, la tutela, curatela, guarda o acogimiento, o establecer un régimen de supervisión, o la suspensión del régimen de visitas o de comunicación.

Prescribe también este nuevo artículo 544 quinquies de la LECR, que si se produce una situación de riesgo o desamparo, y en todo caso, cuando se suspenda judicialmente la patria potestad o la tutela o guarda, el Secretario judicial lo comunicará a la Entidad Pública de protección de los menores y al Ministerio Fiscal, a fin de adoptar las medidas de protección que fueren necesarias. También comunicará el alzamiento de tal suspensión o cualquier modificación, y la conclusión del procedimiento.

⁵ Conforme a este Protocolo de coordinación del orden civil y penal, que se elaboró a instancias de la Comisión de Seguimiento de la implantación de la orden de protección, si ya existen medidas civiles adoptadas por un Juez civil, en casos de violencia doméstica no

Hay que tener en cuenta además que no tiene por qué ser el Juez de Violencia sobre la Mujer el que a la postre conocerá del procedimiento de modificación de las medidas, sino el juez que las acordó, por lo dispuesto en el **artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, que entró en vigor el 1 de octubre de 2015.**



IV.- IMPORTANTE SENTENCIA
RELATIVA A LAS PENAS DE
INHABILITACIÓN Y PRIVACIÓN DE LA
PATRIA POTESTAD, DE LA SALA
SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 568/2015, DE 29
DE SEPTIEMBRE

Los hechos, en síntesis, se refieren a que con ocasión de un episodio de violencia de género cometido por el condenado Liviu en la persona de su compañera sentimental Daniela Irimia ocurrido el 27 de Julio de 2013, el Juzgado de Instrucción nº 2 de Guadalajara, por resolución judicial de 29 de Julio de 2013, prohibió a Liviu acercarse al domicilio, lugar de trabajo o persona de Daniela Irimia, así como comunicarse por cualquier medio con ella, resolución que le fue notificada el 31 de Julio de 2013. En esta situación el 2 de Agosto de 2013, Liviu con conocimiento de que su compañera iba a ir al centro de Guadalajara, la buscó y encontró en compañía de la hija común de ambos, su hermana y su sobrina, y escondiéndose para no ser visto, la esperó a la salida de una zapatería. Al salir de dicho establecimiento, y con la

procede modificar estas medidas por el Juez penal que conozca de la misma, salvo que procediera tal modificación como medida del artículo 158 del Código Civil, y sin perjuicio de que las medidas civiles adoptadas por el Juez civil en cuanto a su cumplimiento tienen que adaptarse a las medidas cautelares penales que se acuerden en la orden de protección, como puede ser la prohibición de aproximación, en cuyo caso las entregas y recogidas podrían efectuarse a través de un tercero o en un Punto de Encuentro Familiar.

finalidad de acabar con la vida de ella, la abordó por la espalda, agarrándole del cuello y con un cuchillo de cocina de 14 cms. de hoja, le asestó múltiples puñaladas en el cuello y espalda, siendo inútiles los esfuerzos de la víctima por liberarse de su agresor al tenerla fuertemente agarrada. Al momento llegó una pareja de la policía municipal, continuando el recurrente dándole cuchilladas a Daniela en la espalda y abdomen, hasta que pudo ser reducido. Daniela Irimia fue evacuada a un centro hospitalario, sufriendo las lesiones descritas minuciosamente en el hecho probado. Los hechos descritos fueron presenciados por la hija menor de la pareja.

Por auto de 4 de Agosto de 2013 dictado por el Juzgado de Instrucción n° 2 de Guadalajara, se acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza del ahora recurrente y se le prohibió la aproximación a su compañera Daniela Irimia en los términos fijados en dicha resolución, y por nuevo auto del mismo Juzgado de 28 de Agosto de 2013 se amplió la prohibición de aproximación en relación a la hija menor de edad Irimia Lavinia Andrea Petruta.

Contra la expresada sentencia se formalizó recurso de casación tanto por el Ministerio Fiscal como por el condenado.

El recurso del Ministerio Fiscal se centró en la indebida inaplicación de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad del recurrente en relación a la hija menor, de acuerdo con los arts. 46 y 55 del Código Penal, y en la indebida inaplicación de la pena de prohibición de aproximación del recurrente a la hija menor, así como de comunicarse con ella.

Al respecto la sentencia aborda expresamente ambas cuestiones, partiendo de lo dispuesto en el fundamento jurídico cuanto de la Sentencia recurrida en casación de la Sección I, de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 23 de Enero de 2015, que establecía lo siguiente:

"...No procede, sin embargo acordar la pena de privación de patria potestad con respecto a la hija menor Irimia pedida por las acusaciones. En efecto, la petición se fundamenta en el artículo 55 del Código Penal en relación con el artículo 46 del citado Código. En este sentido, esta Sala considera que no se puede imponer la pena

solicitada porque no se trata de una pena cuya imposición sea automática. En efecto, el legislador ha condicionado la imposición de la pena de privación del ejercicio de la patria potestad a que tuviera relación directa con el delito cometido, lo que no acontece en el caso de autos; pero además el propio artículo 46 del Código Penal dice: "La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas". Todo ello, por la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 junio 2010, lo que significa que deberá de atenderse en estos casos a la relación circunstanciada que deberá de recogerse en la sentencia con relación a los hechos probados, lo cual tampoco acontece en este caso, pues lo cierto es que **no siendo una pena cuya aplicación proceda de forma automática, deberá de probarse y acreditarse conforme a las exigencias del derecho penal la necesidad de su imposición, pues no basta la mera alegación o pretender su imposición por el mero reproche objetivo de la conducta cometida por el acusado, debiendo acreditar, pues así lo exige el derecho sancionador, que los hechos son perjudiciales para el menor, prueba esta que no ha acontecido, y criterio este al que se puede acudir, pero ahora insuficiente por lo antes expuesto, toda vez que no tiene relación directa con el delito cometido.**

Por tanto, esta falta de prueba en este orden jurisdiccional no implica que en el ámbito civil pueda instarse y pretender lo que aquí ahora se deniega penalmente ante la falta de acreditación por parte de quien debe de acreditar lo que quiere, esto es la acusación.

No procede por tanto, imponer la pena de **privación de patria potestad**, sin perjuicio de que como ya se dijo en la sentencia de esta sala de fecha 17 de octubre de 2014, que: "En cualquier caso y en el seno del procedimiento civil tendrán las partes mayor libertad de alegación y prueba pudiendo en aquella sede debatir nuevamente esta cuestión".

No procede poner la pena de alejamiento con relación a la hija menor Irimia por lo antes expuesto, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse o se haya resuelto en la Jurisdicción Civil...".

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la sentencia que traemos, no compartió esta argumentación de la Sentencia de la

Audiencia Provincial de Guadalajara que casa y anula parcialmente, en los términos que siguen:

*En la actualidad, existe en el Código Penal desde la L.O. 5/2010 cuatro expresas referencias a la pena de **inhabilitación especial de la patria potestad**⁶.*

Una se encuentra en el artículo 55 del Código Penal que la prevé como potestativa y con naturaleza de accesoria para toda condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad.

Las otras tres proceden del texto original de la L.O. 10/1995 del nuevo Código Penal, y se encuentran en los arts. 192 relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en el art. 226 delitos contra las relaciones familiares y en el art. 233, también dentro del mismo título.

En todos los casos su imposición no es vinculante sino potestativa lo que exige una específica motivación.

La peculiaridad de la posible imposición de tal pena de privación de la patria potestad prevista en el art. 55 del Código Penal es que aparece prevista, con carácter potestativo pero de forma general en todo delito castigado con pena igual o superior a diez años, exigiéndose una vinculación entre el delito y la privación del derecho a la patria potestad. "Relación directa" exige el tipo penal.

*En general, la jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reacia a la adopción de esta **pena de privación de la patria potestad**, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, se pueden señalar, entre otras, las SSTS de 6 de Julio 2001, la n° 568/2001, la n° 750/2008 de 12 de Noviembre y la 780/2000 de 11 de Septiembre. En*

⁶ Resulta confusa la terminología de la Sentencia en cuanto al uso del término inhabilitación y privación de la patria potestad, pero hay que entender que se refiere a la de privación de la patria potestad.

esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el Tribunal penal de las normas del derecho de familia ex art. 170 Código Civil. El caso al que se refería la STS 780/2000 era el de un autor de homicidio de su cónyuge que aparecía en la sentencia de instancia privado de la patria potestad sobre la hija menor común.

El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de Mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad, estimando el recurso del condenado.

El presente caso es idéntico al analizado en la sentencia indicada 780/2000, pero actualmente se cuenta con la nueva redacción del art. 55 Código Penal que prevé la imposición de tal pena en cualquier delito sancionado con pena igual o superior a diez años, siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de la patria potestad.

El Tribunal de instancia rechaza tal imposición dada su naturaleza pero no vinculante y de no aparecer en el hecho probado los datos objetivos que justifique "la necesidad de su imposición, pues no basta la mera alegación o pretender su imposición por el mero reproche objetivo de la conducta cometida por el acusado....".

En el factum se recoge expresamente que el acuchillamiento de la madre por el recurrente fue efectuado en presencia de la menor, que a la sazón tenía tres años, dato que el Ministerio Fiscal estima de extraordinaria relevancia al constituir tal acción, además de un delito contra la madre de la menor, un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera la patria potestad del padre condenado.

De aquí extraemos en este control casacional que si bien le corresponde al Tribunal sentenciador valorar la existencia de un nexo entre el delito y el desarrollo integral de la menor, es claro que la revisión de la decisión negativa del Tribunal solo puede ser revisada en esta sede casacional cuando aparezca inmotivada o sea arbitraria. Pues bien, se está en el caso de considerar que la decisión del

Tribunal de instancia no resulta acorde con el derecho ni muy especialmente con la protección que merecen los menores, pues es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad, que por ello resulta incompatible y por tanto aparece sin justificación razonable la decisión del Tribunal de instancia, máxime si se tiene en cuenta que se incurre en una contradicción patente con lo decidido por la misma Audiencia en el auto de 15 de Abril de 2014, que ante la petición de una pericial por parte de la defensa tendente a acreditar si podía existir algún perjuicio para la menor de visitar a su padre en prisión, la clara y contundente decisión del Tribunal fue la de denegar tal prueba por ser patente los perjuicios que para la menor se requerían de permitirle visitar a su padre en prisión.

Textualmente se dice en el auto argumentando la innecesaridad de tal prueba pericial:

" Resulta evidente que habiendo presenciado la agresión a su madre, las consecuencias resultaran claramente negativas. En segundo lugar, porque la práctica de tal prueba, insistimos inútil para los hechos que constituyen el objeto de esta causa, podría perjudicar a la menor dada su corta edad, agravando el proceso de victimización de la misma, cuyo interés ha de ser siempre priorizado y objeto de una primordial y preferencia protección....".

Si durante la tramitación de la causa se razonó por el Tribunal de este modo, no puede por menos de sorprender, negativamente que después del dictado de la sentencia se olviden tales argumentos y no se prive ni de la patria potestad, ni del derecho de visitas, ya que tampoco se le impone la pena de alejamiento.

Ciertamente, repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencia el severo intento del padre de asesinar a

su madre.

Hay que recordar que la patria potestad se integra, ex art. 154 Código Civil por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de las menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal evitando dilaciones que si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor.

Procede en consecuencia estimar el recurso del Ministerio Fiscal, habida cuenta de que la decisión negativa del Tribunal de instancia no responde al canon de razonabilidad y motivación.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, relativa a la pena de alejamiento del padre en relación a su hija menor, como simple consecuencia de la privación de la patria potestad, estima también el recurso del Ministerio Fiscal, acordando la pena de alejamiento del padre con relación a la hija menor Irimia, hasta que llegue a la mayoría de edad., prohibiéndole al condenado aproximarse a distancia inferior a mil metros al lugar donde se encuentre Irimia, así como a comunicarse con ella por cualquier medio.

Finalizo aquí este trabajo amigo lector, no sin antes agradecerle el tiempo que ha empleado en su lectura. Si alguna aportación quiere efectuar, puede hacerlo al correo justiciahispana@gmail.com

