



Universidad
Zaragoza

TRABAJO DE FIN DE GRADO:

**PÉRDIDA DE LA PATRIA
POTESTAD
POR CAUSA CRIMINAL**

Laura María Colás Barrau

Tutor: Isaac Tena Piazuelo

CURSO: 2017/2018

Derecho Civil



ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN	2
ABREVIATURAS	3
<u>CAPÍTULO I: LA PATRIA POTESTAD</u>	4
1. Concepto	4
1.1 Evolución del concepto en el Código Civil.....	5
2. Contenido de la patria potestad	7
2.1 Sujetos bajo la patria potestad.....	7
2.2 Titulares de la patria potestad.....	8
3. La intervención de la autoridad judicial en el ejercicio de la patria potestad	10
<u>CAPÍTULO II: PÉRDIDA Y EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD</u>	12
1. Consideraciones previas	12
1.2 Naturaleza jurídica de la privación de la patria potestad.....	12
2. La privación de la patria potestad como medida civil en el proceso penal	18
3. La privación de la patria potestad como pena privativa de derechos	19
<u>CAPÍTULO III: DELITOS RELACIONADOS CON LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS CONSECUENCIAS</u>	22
1. La violencia de género	22
2. La violencia doméstica frente a los hijos	24
2.1 La Ley 54/2007: La suspensión de la facultad de corrección.....	26
2.2 El maltrato grave.....	27
3. Abusos y agresiones sexuales contra menores en el ámbito familiar	28
CONCLUSIONES	31
BIBLIOGRAFÍA	36



INTRODUCCIÓN

El trabajo realizado va a girar en torno a la importancia de la institución protectora de la patria potestad que ejercen los padres sobre los hijos no emancipados. Esta institución protectora por excelencia, se ejercerá siempre en interés del menor por los padres, a los cuales se les otorga una serie de deberes y facultades como el deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, respetarlos y administrar sus bienes como bien recoge el artículo 154 de nuestro Código Civil. Pero debemos plantearnos ¿qué ocurre cuando los fines o valores de esta institución protectora no se ven cumplidos por quienes la ostentan? nuestro ordenamiento recoge en su artículo 170 del Código Civil la posibilidad de proceder a la privación total o parcial del padre o la madre podrán, siempre y cuando se base en una sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. En este punto, es cuando va a surgir el conflicto entre los derechos de los padres y el interés superior del menor, y de esta forma, será el que un juez el que entrará a decidir sobre los hechos y siempre tratando de salvaguardar el interés superior del menor.

Como punto de partida, necesitamos conocer el concepto de la patria potestad y los cambios que han ido surgiendo en torno a esta, los sujetos que participan en ella y la posibilidad de que los jueces puedan intervenir en ella. Debemos prestar especial atención a los motivos que fundan esta medida de privación de la patria potestad, su estrecha vinculación y referencia en el Código Penal y otras leyes que hacen referencia a esta medida, así como su naturaleza y características de excepcionalidad que deben cumplirse. Considero importante a su vez la necesidad de establecer una referencia a distintas situaciones concretas donde la finalidad y funciones inherentes a la patria potestad se ven coartadas como en los casos la violencia de género en el ámbito familiar, la violencia doméstica que puede ejercerse contra los hijos y los delitos de abusos sexuales en el ámbito familiar. Son situaciones donde se procede la privación de la patria potestad con la finalidad de salvaguardar el interés superior del menor y proteger a los hijos de las conductas delictivas de sus padres.



ABREVIATURAS

CE: Constitución Española

Art. / arts. : Artículo / artículos

CC: Código Civil

CP: Código Penal

LEC: Ley de enjuiciamiento Civil

STS: Sentencia Tribunal Supremo

Coord.: Coordinador

P/pp: Página / Páginas

Et al: y otros

Op. cit: la obra citada/de la obra citada

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

Vid: véase

Vol: volumen



CAPÍTULO I: **LA PATRIA POTESTAD**

1. Concepto

Como punto de partida es imprescindible y necesario determinar una definición y un concepto de lo que es la patria potestad que podría definirse como «el conjunto de facultades y derechos que se concede a los progenitores para poder cumplir los deberes y obligaciones que les competen en relación con sus hijos menores de edad o incapacitado¹».

Pero detrás de esta primera definición se encuentra muchos más elementos que pueden ayudarnos a determinar nuestra propia definición de patria potestad de una forma más amplia y precisa. De lo dispuesto en los artículos 39 y 49 de la Constitución cabe afirmar la existencia en el ordenamiento jurídico de un principio general de protección de los menores e incapaces. Como bien determina el artículo 39 CE «*Los poderes públicos (...) asegurarán la protección integral de los hijos; además los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos (...) durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda*». Por su parte el artículo 49 CE «*los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales, psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los amparará (...)*²».

Tras la exposición de lo establecido en nuestra Constitución, en el Código Civil la protección de los menores, incapacitados o no, se lleva a cabo por la patria potestad, institución protectora del menor regulada en los cuatro primeros capítulos del título VII del libro I del Código Civil «De las relaciones paterno-filiales» (arts. 154 a 171).

Corresponde de los progenitores sobre los hijos no emancipados como establece literalmente el artículo 154 CC «*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental*³».

¹) SERRANO FERNÁNDEZ, M., «La patria potestad y las instituciones tutelares», *Derecho de familia*, PIZARRO MORENO *et al.* (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p 189.

²) Constitución Española, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

³) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE, núm. 206, de 25/07/1889.



A su vez no solo se basa en una responsabilidad general, sino como bien continua este mismo artículo hay una serie de funciones relacionadas con la patria potestad que es velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral además de administrar sus bienes de manera correcta⁴. Por lo tanto la podemos establecer que la institución de la patria potestad se consolida como la institución protectora por excelencia del menor no emancipado y de aquellos incapaces.

Durante el periodo de la minoría de edad del menor hasta alcanzar la mayoría de edad o por emancipación por alguna de las causas recogidas en el CC (art. 314), el Derecho da a los padres, por el mero hecho de serlo una serie de facultades o medios destinadas a proteger a sus hijos tanto en el ámbito personal (velar por ellos, educarlos...) como en el aspecto patrimonial. Además, la patria potestad se fundamenta en la relación de filiación que puede ser por naturaleza o adopción (art. 108 CC)⁵, ya que resulta indiferente la relación-paterno filial que vincule con los hijos. Es considerada actualmente más que un poder una función, ejercida normalmente por ambos progenitores de forma conjunta y en beneficio de los hijos menores o incapacitados.

Por lo tanto y a modo de elaborar nuestra definición de patria potestad, concluimos que la patria potestad es una institución que por excelencia se encarga de dar una función de protección tanto a los hijos menores no emancipados como incapacitados en el ámbito personal y patrimonial por parte de los progenitores independientemente de la filiación que exista.

1.1 La evolución del concepto en el Código Civil

Como todo elemento de derecho y como ocurre con las leyes, estas no son un ente inmóvil que se mantenga en el tiempo de forma estanca. Las leyes están vivas en continuo cambio modificándose con el paso del tiempo junto con la sociedad y los cambios que se producen en esta.

De esta manera es necesario hablar de esta evolución, que a mi parecer es interesante determinar

⁴) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE, núm. 206, de 25/07/1889. Artículo 154.2: “*Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1. ° Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. ° Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad*”.

⁵) Real Decreto de 24 de julio de 1889...cit, artículo 108: “*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*”.



sobre el concepto de la patria potestad y la evolución del precepto en el tiempo⁶.

Como punto de partida de esta evolución debemos remontarnos siglos atrás. La institución de la patria potestad se origina en el Derecho Romano. La familia romana se configura en la época arcaica como un grupo de personas que viven bajo la potestad del *paterfamilias* tanto en lo personal como patrimonial sin ningún tipo de participación de la madre, ya que la mujer se encontraba sometida a su vez a la autoridad de su padre o marido⁷. Se trataba de un derecho ilimitado sobre el hijo y sus bienes. El padre tenía derecho de vida y muerte sobre ellos. La duración era perpetua sin finalizarse por razón de la mayoría de edad sino por emancipación de este. La titularidad de la patria potestad no tenía porque recaer en el padre, podía ser otro pariente siempre y cuando este fuera varón. Viendo los orígenes de la naturaleza de esta institución, nuestro artículo 154 ha sido objeto de varios cambios por el transcurso del tiempo:

Con el paso del tiempo hasta llegar a nuestros días, la regulación actual de la patria potestad procede del salto y cambio que produjo la Ley 11/1981 de 13 de mayo que introdujo tres grandes cambios respecto a la normativa anterior. En primer lugar la patria potestad no es un poder exclusivo del padre sino conjunto con la madre, en segundo lugar se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y con base en su personalidad y tercero, la existencia de un mayor control público en los mecanismos de control familiares.

El artículo 154.1 en la redacción dada anteriormente por la Ley de 1981 establecía que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. Dicho precepto fue más adelante modificado por la Ley 12/2005 que optó por la siguiente redacción: los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores. A su vez el primer apartado del artículo 154 ha vuelto a ser objeto de modificación por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional, conforme a la cual se ha establecido: los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres⁸. Además la CE de 1978 al tratar los principios rectores de la política social efectuó las siguientes declaraciones en el artículo 39 «*Los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos (...)*». Padres y poderes públicos asumen por lo tanto el deber constitucional de

⁶) LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al*, *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, Cuarta edición, Dykson, Madrid, 2010, pp 387-388.

⁷) FERNANDÉZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 7ª edición, Iustel, Madrid, 2014, pp 238-239.

⁸) SERRANO FERNANDÉZ, M., «La patria potestad y las instituciones tutelares», *Derecho de familia*, PIZARRO MORENO *et al*, (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p 190.



dispensar especial protección a aquellos que no pueden valerse por sí mismos.

A partir de la Constitución desde la Ley de 11/1981 de 13 de mayo numerosas leyes han reformado el régimen de la patria potestad en el Código Civil protegiendo los intereses del menor.

La institución de la patria potestad se configura «en beneficio de los hijos» (art. 154 CC), rechazando todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular o que prescinda de la propia personalidad del menor⁹.

2. Contenido de la patria potestad

El artículo 154 CC señala que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio del interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y proporcionarles una formación integral.

La expresión velar, se basa en toda clase de cuidados materiales y morales. Es un deber genérico que corresponde a todo progenitor aunque se encuentre privado o excluido de la patria potestad. Tenerlos en su compañía, no solo el mero hecho de la convivencia sino también el tener una relación afectiva y de comunicación mutua. Dicho deber junto con el de velar, constituye la llamada guarda del menor, cuyo incumplimiento puede ser causa de privación o exclusión de esta. El deber y obligación de alimentos entre parientes recogidos en el artículo 142 y ss. del CC, que se exige aun estando privado o excluido de la patria potestad y por último la obligación de educarlos y proporcionarles una formación integral¹⁰.

2.1 Sujetos bajo la patria potestad

Tras conocer el concepto y contenido de la institución de la patria potestad vamos a determinar quiénes son los sujetos que se encuentran bajo esta institución protectora: Nos

⁹) BLASCO GASCO, F.P., CARTAGENA PASTOR, F., LOPEZ EBRI, G.A., NUÑO DE LA ROSA AMORES, J.A., DE LA ROSA CORTIN, J.M., *Contestaciones al programa de Derecho Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, Volumen III, Temas 68 a 95, 2ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p 258.

¹⁰) SERRANO FERNANDÉZ, M., «La patria potestad y las instituciones tutelares», *Derecho de familia*, PIZARRO MORENO *et al*, (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 pp 193-194.



encontraríamos con lo establecido en el artículo 154.1 del CC, que determina «*Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres*». Del precepto no cabe duda, a la cual como regla general quedan sometidos a la patria potestad los hijos menores de edad que no hayan sido emancipados, ya que la emancipación produce la extinción de la patria potestad (art. 169.2º CC). Los hijos que no hayan alcanzado la mayoría de edad y no estén emancipados por matrimonio, concesión de los padres o judicial (art. 314 CC) están sometidos a la potestad de sus progenitores¹¹.

Sin embargo, la patria potestad como bien hemos comentado anteriormente, es una institución con una finalidad protectora, por esta razón con el fin de evitar que algunas personas queden desprotegidas o desamparadas, se ha previsto la posibilidad de proceder a la prórroga de la patria potestad. Los hijos incapacitados durante la minoría de edad, la patria potestad queda prorrogada por ministerio de la Ley al llegar la mayoría de edad (art. 171 CC) ya que los menores de edad podrán ser incapacitados cuando se prevea que persistirá en el tiempo tras la mayoría de edad (art. 201 CC). Además de los menores cabe establecer esta prórroga para aquellos hijos, mayores de edad, solteros que viviesen en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos cuando fueren incapacitados, en cuyo caso la patria potestad se rehabilitará. Por lo tanto, a modo de conclusión podemos determinar que están sujetos y bajo la patria potestad: los menores no emancipados e incapacitados.

2.2 Titularidad y ejercicio de la patria potestad

El derecho de los padres a la patria potestad compartida se incluye entre los denominados derechos de función. Su especial naturaleza les otorga carácter social, trasciende del ámbito privado y hace que su ejercicio se constituya no en meramente facultativo para su titular sino una obligación para quien la ostenta, sin embargo el carácter familiar de la patria potestad no excluye que el legislador teniendo en cuenta las razones que justifiquen la especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial del Ministerio Fiscal y de la Entidad pública administrativa¹².

El Código Civil atribuye a los progenitores la titularidad de la patria potestad (art. 154 CC), estableciendo la regla general del ejercicio conjunto por ambos. Pero además, se recogen determinados supuestos en los que, a pesar de la titularidad conjunta de la patria potestad, su

¹¹) BLASCO GASCO, F.P., *et.al*, y otros, *Contestaciones... op.cit.*, p 262.

¹²) BLASCO GASCO, F.P., *(et.al)*, y otros, *Contestaciones... op.cit.*, p 258.



ejercicio corresponde a uno de los progenitores.

- **El ejercicio conjunto de la patria potestad:** Como regla general el Código Civil establece en su artículo 156.1º «*La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores (...)*». De esta manera se realiza de manera conjunta ¹³, ya lo sea mediante la concurrencia de ambos progenitores o mediante la actuación de uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro. Con el fin de flexibilizar la regla general del ejercicio conjunto el art. 156.1º CC, estableciendo la validez de los actos por uno de ellos «*conforme al uso social y a las circunstancias*» o «*en situaciones de urgente necesidad*».
- **El ejercicio individual de la patria potestad:** No obstante, la regla general expuesta, el Código Civil contempla determinados supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad es individual, artículo 156.4º «*En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro*». A su vez, se puede producir por una decisión judicial temporalmente «*al reiterarse los desacuerdos o por causas que entorpezcan gravemente el ejercicio de la patria potestad*» (art. 156.2º CC)¹⁴. El hecho de que no se ejerza la patria potestad no excluye de por sí el derecho de relación que asiste a los hijos menores respecto de sus progenitores. Además, también se reconoce el derecho de carácter recíproco en orden a las relaciones personales del menor con quienes tienen relación de parentesco o proximidad. El artículo 160.1 CC establece «*Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161¹⁵*». Respecto del derecho de relación del

¹³) LACRUZ BERDEJO, J.L., (et.al), *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, Cuarta edición, Dykson, Madrid, 2010, p 390-391.

¹⁴) PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad», *Curso de Derecho Civil*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), Volumen IV, 5ª edición, Edisofer, Madrid, 2016, p 389.

¹⁵) PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad», «*Cursos de Derecho Civil*»...cit, p 392: el precepto contempla el llamado «derecho de visitas», considerado al respecto el Tribunal Supremo lo siguiente: i) «la patria potestad y el derecho de relacionarse con los hijos por parte de quien no tiene su custodia se establece en beneficio de los propios menores.» (Ss. Ts 22 de mayo 1993 y 3 de febrero de 2016); ii) el artículo «se refiere a padres que no ejercen la patria potestad, pero sí conservan compartida su titularidad, siendo absolutamente inaplicable a las personas que carecen totalmente de patria potestad» (STS. 30 de abril 1991); iii) el derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él no es incondicionado en su ejercicio, sino subordinado al interés y beneficio del hijo (STS. 21 julio 1993); iv) «el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica sino y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre padres e hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo con resultados difíciles de recuperar» (STS.9 julio 2002); v) el derecho de visita solo cede «en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica y moral del hijo» (Ss. Ts 19 octubre de 1992, 9 julio 2002 y 21 de noviembre de



hijo con los progenitores debe tenerse en cuenta lo siguiente: En primer lugar, no se trata de un derecho absoluto, de manera que puede ser excluido mediante resolución judicial, (art. 160.1 CC)¹⁶; sobre el incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, *vid.* art. 776.3 LEC)¹⁷. En segundo lugar tratándose de menores en desamparo, también podrá ser excluido el derecho por la entidad pública. En tercer lugar para los casos de adopción se permite una relación con los padres de origen.

3. La intervención de la autoridad judicial en el ejercicio de la patria potestad

El artículo 158 del Código Civil establece lo siguiente *«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:*

1. ° Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2. ° Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda (...)».

Este precepto ha sido criticado por la doctrina científica, que se ha considerado excesiva la amplitud de sus términos, porque facilitan al Juez una intervención permanente y de oficio en el ejercicio de la patria potestad; igualmente se ha objetado a esta disposición la amplia legitimación que reconoce para solicitar la intervención judicial (cualquier pariente, sin límite de grado), la extensión de las medidas a adoptar por el Juez y la indeterminación de alguno de los supuestos legales que permiten la intervención. La legitimación de los progenitores ha de entenderse incluida en la referencia a los parientes.

Por la amplitud de sus términos, ha realizado importantes objeciones la doctrina al último apartado del artículo 158 CC, que se refiere a *«las demás disposiciones que considere oportunas»*,

2005).

¹⁶) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE, núm. 206, de 25/07/1889, artículo 160.1: *«Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública (...). En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional (...)*».

¹⁷) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE, núm.7, de 08/01/2000, artículo 776.3ª: *«El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas»*.



que a juicio de la doctrina únicamente permite excluir de estas medidas la privación absoluta de la patria potestad. El espíritu de la norma se orienta a prevenir un peligro para el menor, o evitarle perjuicios, sin que el legislador haya establecido una mayor concreción; el peligro para el hijo no puede ni debe circunscribirse al aspecto estrictamente material o patrimonial sino también al moral.

Llegados a este punto, significar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que el interés superior del menor ha de actuar como principio inspirador de todas las decisiones relacionadas con él (Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia)¹⁸, de forma que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas al menor (STS 9 de noviembre de 2015)¹⁹.

Asimismo, en el artículo 159 del CC se reconoce al Juez la facultad de decidir, en beneficio del hijo, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad en aquellos supuestos en que los padres vivan separados y no decidan de común acuerdo. Para la adopción de esta decisión el Juez deberá oír antes a los hijos que tuvieren suficiente madurez y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años²⁰.

¹⁸) Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE, núm. 175, de 23 de julio de 2015.

¹⁹) STS nº 4575/2015, España, Tribunal Supremo (Sala de lo Civil ,1ª), 9 de noviembre de 2015, Id Cendoj: 28079110012015100594.

²⁰) LLEDÓ YAGÜE, F., (*et. al*), *Derecho de familia: Cuaderno III: las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental*, 2ª edición, Dykinson, 2017, pp 99.



CAPÍTULO II: **PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD**

1. Consideraciones previas

La privación de la patria potestad se encuentra recogida en el Código Civil, en base a la redacción del artículo 170 se dispone lo siguiente: «*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*». Estableciendo además en su párrafo segundo que: «*Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación²¹*».

Este precepto constituye el punto de partida desde el que hemos de iniciar el tratamiento del instituto de la privación de la patria potestad, si bien este estudio se va a centrar especialmente en la privación de la patria potestad por causa criminal, posibilidad que expresa como ya hemos visto el artículo 170 del Código Civil. De cuya transcripción literal que partimos de este análisis, el instituto de la privación de la patria potestad se define legalmente a través de una serie de presupuestos: la exigencia de una resolución judicial para acordar la medida, el carácter temporal de la misma, dado que el propio precepto que regula la privación de la patria potestad permite su recuperación, también a través de sentencia judicial y la posibilidad de privar parcialmente de la potestad paterna²².

1.2 La naturaleza jurídica de la privación de la patria potestad

Como ha recordado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos «estas medidas solo deberán aplicarse en **circunstancias excepcionales** y únicamente pueden justificarse si están motivadas por una exigencia imperativa relativa al interés superior del niño²³».

²¹) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE °.206, de 25/07/1889.

²²) ZURITA MARTÍN, I., *La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal*, tomo 3, LA LEY, Actualidad Civil, Nº 32, p 1.

²³) MORENO NAVARRETE, M.A., *La privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio como medida reduccionista de la pena de prisión en el marco de la mediación. Anales de Derecho*, Vol.34, Nº34, Murcia, 2016, p 8.



Como hemos dicho anteriormente, el ejercicio de la patria potestad tiene su fundamento en la obligación de atender las necesidades más básicas del menor de edad, como su bienestar, protección, salud, educación e integridad moral, durante el periodo de crecimiento hasta que el menor de edad, tras alcanzar la adolescencia alcance definitivamente la mayoría de edad, hasta ese momento de la mayoría de edad, el cuidado de los hijos se traduce en una estrecha vigilancia bajo la dirección y supervisión de sus padres, de esta manera el menor se convierte desde su nacimiento en acreedor de un conjunto de derechos dirigidos a promover su desarrollo personal. Ahora bien, el vínculo familiar que une a los hijos menores con sus progenitores puede verse comprometido cuando ocurren hechos realizados por los padres de especial gravedad.

Las obligaciones de asumir las cargas parentales constituyen una manifestación del entramado de derechos y deberes recíprocos en los que se asienta el Derecho de familia. El padre o madre del menor o ambos conjuntamente, no pueden por regla general, ser dispensados de sus funciones tuitivas, ya que se encuentran obligados a aceptar esos deberes sin posibilidad de renuncia. Sin embargo en casos muy determinados es necesario y resulta justificado el cortar de raíz esa íntima relación, privando al padre o a la madre, e incluso a ambos, de sus derechos, aunque no de sus obligaciones, apartándolos físicamente del niño, haciendo cesar la convivencia todo ellos siempre en interés del menor.

Este interés superior del niño, que implícitamente está recogido también en el art. 154 del Código civil cuando dispone que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, es el que tiene en cuenta la sentencia impugnada para confirmar la del Juzgado que decretó la privación de la patria potestad a los demandados, en conformidad con lo establecido en el art. 170 del Código Penal. De esta forma la importante STS de 24 de abril de 2000 establece que la patria potestad es un Derecho Moderno y concretamente en nuestro derecho positivo, una función al servicio de los hijos²⁴. Todas las medidas judiciales que se den tienen que tomarse siempre atendiendo al interés superior del niño como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y el artículo 2 de la Ley 1/1996 del 15 de enero sobre la protección judicial del menor²⁵.

²⁴) STS nº 415/2000 de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, 1ª), 24 de Abril de 2000, Id Cendoj: 28079110012000101471.

²⁵) Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección sobre la protección judicial del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE, núm., 15, de 17/01/1996.



Continuando con la línea de la STS de 24 de abril de 2000 se añade que con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, **no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes** (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), **sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor**, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su art. 9.1²⁶ después de establecer que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño²⁷.

En base a los elementos que conforman la naturaleza de la privación de la patria potestad se establecen las siguientes características:

- **El orden al fundamento del artículo 170 CC:** Los progenitores solo pueden ser privados de la patria potestad en caso de incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. La medida de privación de la patria potestad tiene hoy una finalidad esencialmente protectora del menor frente a la naturaleza sancionadora que tradicionalmente se le ha atribuido (art. 9.1 Convención derechos del niño).
- **En orden a la naturaleza de la norma:** se afirma que el artículo 170 CC. al considerarse como una norma sancionadora, debe interpretarse de forma 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; o también propugna la interpretación restrictiva de la norma, se declara «la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los

²⁶) Convención sobre los Derechos del niño 20 de noviembre de 1989, artículo 9.1: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

²⁷) FLORES RODRÍGUEZ, J., *La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores. LA LEY*, La Ley Penal, N°90, 2012, p 2.



hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes revenidos en el art 154 CC, pero en atención al contenido y significado de la misma su privación 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»²⁸.

- **En orden a las causas que pueden determinar la privación de la patria potestad:** se afirma que el artículo 170 CC no precisa de modo expreso los deberes que han de ser incumplidos, debiendo tratarse en todo caso de incumplimientos graves y reiterados en el tiempo, ya de índole personal como patrimonial (STS.9 noviembre 2015)²⁹ y también que el artículo 170 CC vincula al incumplimiento de los deberes que integran el contenido de la patria potestad la privación total o parcial de la misma respecto del padre o de la madre incumplidor (...) dicha privación, sin embargo, no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento sino solo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor.
- **En orden a la actividad judicial relativa al artículo 170 CC:** se estima que el precepto concede al juez una amplia facultad discrecional de apreciación pero qué se trata de una actividad reglada en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor, como informado, tanto de la privación de la patria potestad como de su mantenimiento. La jurisprudencia exige que quede probado de manera clara y precisa el incumplimiento de aquellos que ejercen las funciones de la patria potestad y establecerse en cada caso concreto la gravedad y alcance de los mismos. En términos generales, los tribunales suelen ser muy reacios a la medida adoptada debido a su carácter excepcional³⁰.
- **En orden a los cauces por los que se puede producir la privación de la patria potestad:**
El motivo de la privación de la patria potestad se declaran a través de tres vías diferentes, las cuales pueden ser ³¹:

²⁸) PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “Cursos de Derecho Civil”, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), Volumen IV, 5ª edición, Edisofer, Madrid, 2016, p 401.

²⁹) STS nº 4575/2015, España, Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, 1ª), 9 noviembre de 2015, Id Cendoj: 28079110012015100594.

³⁰) PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “Cursos de Derecho Civil”...*cit*, p 401.

³¹) BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., (coord.), *Comentarios al Código Civil*, ARANZADI, 2ª edición, Navarra, 2006, pp 308-309.



- a) Por sentencia dictada en causa criminal al concurrir alguna de las infracciones punibles en el que pueden decretarse la privación de la patria potestad.
- b) Por sentencia dictada en causa matrimonial de separación nulidad o divorcio en cuya sentencia podrá acordarse la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
- c) Sentencia firme dictada en un proceso «ad hoc», fundada en el incumplimiento grave en perjuicio de los hijos y por el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

Además de la regulación que contiene el Código Civil, los diferentes ordenamientos forales, disponen a su vez de normas que regulan la privación y suspensión de la patria potestad como bien se recoge en el art 46 del Código Penal³².

- I. En Navarra: La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra establece en su Ley 66 lo siguiente «*Privación de la patria potestad: El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia firme. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación*³³».
- II. En Aragón: Dentro del Código de Derecho Foral de Aragón, en origen, no hay patria potestad sino «autoridad familiar». La privación se encuentra comprendida dentro del artículo 90.1 «*En interés del hijo, cualquiera de los padres podrá ser privado total o parcialmente de la autoridad familiar por sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*³⁴».

- III. En Cataluña: El libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia³⁵, habla de «potestad parental» y «responsabilidad parental». La normativa se refiere en

³²) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 281, de 24/11/1995. El artículo 46: “*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*”.

³³) Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Publicada en el BOE de 7 a 10 y 12 a 14 de marzo de 1973; corr. err., BOE, de 30 de mayo de 1974).

³⁴) Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, BOA, núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

³⁵) Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, DOGC, núm. 5686, de 05/08/2010, BOE, núm. 203, de 21/08/2010.



sí a la denegación, suspensión y modificación de las relaciones personales, la cual se produce si incumplen sus deberes o si la relación perjudica el interés de los hijos o existe otra justa causa. La singularidad con otros ordenamientos reside en el concepto de «justa causa». En este sentido, existe justa causa como bien determina su artículo 236-6.1: *«Los progenitores pueden ser privados de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista»*.

- **En orden a la rehabilitación de la patria potestad:** con todo ello no se descarta la “rehabilitación” en la patria potestad del progenitor que hubiera sido privado de la misma. Así resulta el art 170 párrafo 2ª del CC que establece que *«Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó a privación»*. La rehabilitación de la patria potestad resulta de difícil aplicación dadas las circunstancias que determinan la privación y el riguroso criterio jurisprudencial al respecto. El campo propio de la rehabilitación responde a los supuestos en que las causas determinables de la privación tuvieran carácter coyuntural, estimado que la privación de la patria potestad no tiene que ser de modo necesario una sanción perpetua, pudiendo condicionarse a la persistencia de la causa que la motivó. En relación con lo expuesto, la privación puede tener una finalidad como medida de estímulo para que el progenitor cumpla sus deberes paterno-filiares, sin que exista impedimentos para que en el futuro pueda acordarse la rehabilitación si cesan las causas que la motivaron. En todo caso, la recuperación de la patria potestad no resulta posible en los supuestos en que se hubiera propiciado para el menor una situación incompatible con la patria potestad cuya rehabilitación se pretende. Por último, en relación a los casos que examinamos el art. 158.2ª CC habilita al juez para dictar las disposiciones necesarias a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda³⁶.

³⁶) PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad », *Curso de Derecho Civil*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), Volumen IV, 5ª edición, Edisofer, Madrid, 2016, pp 401-403



2. La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal

Siempre ha existido en el proceso penal un gran debate sobre la decisión del juez penal sobre medidas civiles en el caso de las que afecten a los derechos de los progenitores sobre sus hijos, en concreto en los casos de violencia de género sobre todo. Y ello, en razón al alcance de estas medidas y cuándo debía actuar el juez penal en estos casos en los que podría estar tramitándose en paralelo un proceso civil sobre el mismo objeto aunque tratara este último sobre la separación o divorcio en sí.

Las últimas reformas procesales penales han determinado en la necesidad de que el juez penal resuelva, también, sobre las medidas civiles si existen elementos suficientes para poder resolverlas, no dejando que sea el juez civil quien tome esa decisión retrasando un tema que está, o puede estarlo, directamente relacionado con el proceso penal, como suele ocurrir en los casos de

malos tratos. En este sentido, la adopción de medidas civiles en el proceso penal en el que están implicados progenitores y sus hijos ha sido resuelta en la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que conlleva una modificación en su disposición final tercera tres, en concreto modificó el artículo 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género³⁷.

Esto supone una exigencia al juez de lo penal de adoptar de oficio medidas civiles de protección y afectantes al derecho de familia, aunque la parte no inste. Así, en el caso de que el juez civil en la sentencia no acuerde la suspensión de la patria potestad, el juez penal pasará a adoptar las medidas civiles derivadas del vínculo en la pareja respecto a los menores y la forma en la que se desarrolla la relación con ellos. El juez penal intervendrá en defecto de resolución del juez civil³⁸.

³⁷) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE, núm. 313, de 29/12/2004.

³⁸) MAGRO SERVET, V., *La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso pena.*, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Privacion-patria-potestad-medida-aplicable-procesopenal_11_1061305001.html
Fecha de consulta: 19/5/2018.



3. La privación de la patria potestad como pena privativa de derechos

Hay una necesidad de proteger a los hijos menores de las influencias de las conductas delictivas de sus padres, lo que ha derivado también en la normativa penal, penas por determinadas acciones que perjudiquen gravemente al menor. Por ello tanto la jurisprudencia como la doctrina, debatían entre una acción de menor rigidez que imponía la separación temporal y de ejercicio de los padres condenados respecto de sus hijos menores de edad mediante la pena de inhabilitación la cual en nada afecta a la patria potestad, sin embargo la redacción del art 170 del Código Civil, que optaba más bien por el establecimiento de una pena mayor y más dura como es la privación de la patria potestad, dicha privación se enfoca de alguna manera a ser permanente aunque dicha privación podrá ser rehabilitada por el Juez en el correspondiente procedimiento³⁹.

El artículo 39 del CP, recoge un listado de una serie de penas privativas de derechos en las cuales aparecen comprendidas tanto la inhabilitación, «*Las de inhabilitación especial para (...) de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela (...)*», como la de privación de la patria potestad art 39 j) CP⁴⁰. Es importante distinguir entre lo que es “privación” e “inhabilitación” ya que son preceptos que pueden confundirse y usarse de manera indistinta pero no tienen los mismos efectos ni consecuencias:

- **La privación de la patria potestad** está reconocida en el art. 33.2.k) CP como pena grave. En el art. 39.b) CP se recoge como pena privativa de derechos. 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, además el juez o Tribunal podrán acordar estas penas respecto de todos o algunos de los hijos menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias de cada caso.
- **La inhabilitación especial de la patria potestad** se encuentra regulada dentro del art 46 CP, para el ejercicio de la patria potestad está sujeta a una duración determinada, es decir, tiene naturaleza temporal a diferencia que la privación no es una extinción definitiva. La

³⁹) MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., *La privación de la patria potestad por sentencia penal*, Wolters Kluwer, LA LEY Derecho de familia, Nº12, 2016, pp 1-2.

⁴⁰) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 281, de 24/11/1995.



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 -pero de la patria potestad-, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena⁴¹.

Tanto la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad como la privación, se configuran como penas accesorias a la pena de prisión, por lo tanto debemos distinguir dos supuestos:

- **Penas de prisión superiores o iguales a diez años:** se recogen en el artículo 55 del CP, estable que *«El juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (...) o bien la privación de la patria potestad, cuando estos hechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse en la sentencia»*.⁴²
- **Penas de prisión inferiores a diez años:** El CP permite esta opción con base en el contenido del art. 56 que señala expresamente que en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito unas penas accesorias según al art 56.3 CP: *«3.º Inhabilitación (...) ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el art. 579 de este Código»*. Se encuentran representados de manera clara en tres supuestos recogidos expresamente en su ámbito penológico:
 - En el art. 192.3 CP en los casos de los **Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales**: *« El juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, (...) por el tiempo de seis meses a seis años»*.

⁴¹) MORENO NAVARRETE, M.A., *La privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio como medida reduccionista de la pena de prisión en el marco de la mediación. Anales de Derecho*, Vol.34, Nº34, Murcia, 2016, pp 10-11.

⁴²) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 281, de 24/11/1995.



- En el caso del art. 233 CP de delitos del **incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad**, tutela, guarda o acogimiento familiar, prestar la asistencia necesaria para el sustento de sus descendientes, ascendientes, cónyuge: « 2. *El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad (...) por tiempo de cuatro a diez años*».
- El caso del art. 233 y ss. del CP de delito de **abandono de familia, menores o personas con discapacidad** de especial protección: «1. *El Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 a 232 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (...) por tiempo de cuatro a diez años⁴³*».

⁴³) MARGOT SERVET, V., *La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso pena*, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Privacion-patria-potestad-medida-aplicableprocesopenal_11_1061305001.html, Fecha de consulta: 19/05/2018.



CAPÍTULO III:

DELITOS RELACIONADOS CON LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS CONSECUENCIAS

1. Los delitos de violencia de género

El artículo 156 del Código Civil establece que la patria potestad será ejercida de manera conjunta por ambos progenitores, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Cuando se produce la ruptura es cuando aparecen las discrepancias entre padre y madre en ciertos aspectos ya que, ambos progenitores deberán de estar de acuerdo en la toma de decisiones importantes en relación a la vida del menor (educación, salud, domicilio...), en caso de desacuerdo, el artículo 156 del CC prevé la posibilidad de que tanto el progenitor como la progenitora acuda al órgano judicial, quien, después de oír a ambos, así como al hijo o hija si tuviera suficiente madurez, y siempre si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. También prevé que en el caso de que los desacuerdos fueran reiterados, o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los dos progenitores.

Compartimos la opinión de entender que la violencia de género es una causa que dificulta el ejercicio conjunto de la patria potestad, y que justificará la atribución en exclusiva a la madre que ejerce la guarda y custodia. Así lo prevé, en su artículo 65, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando dice: «*El juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad...*».

A pesar de ello, los Juzgados de Violencia no la tienen en consideración, ni en el momento de adoptar las medidas civiles correspondientes a la orden de protección, ni en la posterior sentencia del procedimiento de familia, entonces se plantea la pregunta de ¿cómo podrán tomar decisiones de común acuerdo existiendo medidas de prohibición y aproximación del padre hacia la madre? Además, el ejercicio conjunto de la patria potestad, en realidades de violencia de género, perjudica en muchas ocasiones el interés del menor, ya que a menudo el padre agresor obstaculiza determinadas decisiones adoptadas por la madre en beneficio del hijo o hija común, instrumentalizando a los/ las menores para seguir dañando a la mujer ya que el exigir la



autorización de este padre para la toma de decisiones importantes en la vida del menor, cuando sus intereses están muy alejados de los del niño o la niña, lo dota de otro mecanismo para seguir perpetuando el sometimiento y control.

En relación a las posturas jurisprudenciales en torno al ejercicio de la patria potestad en contextos de violencia de género, del análisis de las sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales provenientes de recursos interpuestos ante Juzgados de violencia, hemos observado que se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre en reducidas ocasiones.

En cuanto a la atribución del ejercicio exclusivo, por encontrarse el padre privado de libertad por delitos de violencia de género, la Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 319/2016, Sala primera, de 13 de mayo de 2016, Recurso 2556/2015, confirma la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, suspendiendo el ejercicio de la patria potestad por la imposibilidad de delitos de violencia de género. La resolución hace referencia a la previsión que establece el art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como al concepto del interés del menor. La Sentencia n.º 275/2015, de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 27 de octubre de 2015, sobre la Mujer n.º 1 de Albacete, por la que se priva al padre de la patria potestad, considerando la sala que la privación es una **medida excepcional, de carácter sumamente grave y de apreciación restrictiva, sustituyendo la privación por la atribución del ejercicio exclusivo de la madre**, al ser condenado el padre a una pena de prisión de 5 años y prohibición de aproximación y comunicación durante ocho, por la comisión de un delito de lesiones en presencia del menor⁴⁴.

Nos parece acertada la solución dada por la Sentencia n.º 67/2017, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de enero de 2017, Recurso 596/2016, en la que se confirma la decisión adoptada en primera instancia, por la que atribuía el ejercicio de la patria potestad a la madre. La Audiencia mantiene que esta decisión «está en armonía con la orden de alejamiento impuesta al apelante, que impediría la necesaria comunicación vida de sus hijas, por lo que debe mantenerse la suspensión del ejercicio por parte del padre hasta que se depuren las responsabilidades penales y a resultas de las mismas, y solo en caso de no existir o de haberse liquidado las penas, podrá recuperarse mediante el correspondiente procedimiento de modificación

⁴⁴) REYES CANO, P., «*Anales de la Cátedra Francisco Suárez: La patria potestad a examen ante la violencia de género*», Granada, 2017 p 349.



de medidas del ejercicio conjunto de la patria potestad».

Así mismo parece relevante observar que el Tribunal Supremo ha considerado que el homicidio cometido por uno de los padres sobre el otro, constituye uno de los más graves incumplimientos que imaginarse puedan respecto de la patria potestad, lo que implica no ya la convivencia sino la auténtica necesidad de privar al homicida de la patria potestad sobre los hijos⁴⁵.

Podemos observar en las resoluciones analizadas cómo uno de los parámetros aplicados para llegar a esta decisión ha sido el estar el padre privado de libertad por delitos de violencia de género, pero tampoco este es un criterio unánime, al hallar abundantes sentencias en las que a pesar de darse esta grave circunstancia, se otorgaba el ejercicio compartido de la patria potestad al condenado. Por otro lado, hemos podido comprobar como en diversas sentencias, se otorga el ejercicio exclusivo para evitar la privación de la patria potestad, por considerar esta una medida excepcional, de carácter sumamente grave y de apreciación restrictiva⁴⁶.

2. Los delitos de violencia doméstica frente a los hijos.

La familia es el núcleo de la sociedad, por ello resulta importante el estudio de la violencia familiar, no solo porque causa daños en la vida emocional y social de los integrantes de ese núcleo familiar, sino también por las repercusiones que esto causa hacia el exterior. Dentro de la familia, es el lugar donde la persona conoce los valores humanos, sociales, morales, culturales e incluso religiosos, y con ellos aprende a relacionarse socialmente además de forjarse una personalidad propia especialmente durante la adolescencia. La violencia muchas veces se inicia dentro del hogar, lugar donde se espera que todos sus miembros reciban cuidados y respeto.

En cuanto al «maltrato grave» que se da en la familia, ese que atañe al desarrollo físico y psicológico del niño, también hay que entenderlo como una conducta destructora que dificulta grandemente la posibilidad de convivencia social del menor; porque, con este modo de tratar a los niños, la familia se aleja de su función esencial que es asegurar el crecimiento sano y feliz de las nuevas generaciones y se aleja a su vez de las funciones que establece la institución protectora de la

⁴⁵) ZURITA MARTÍN, I., *La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal*, tomo 3, LA LEY, Actualidad Civil, Nº 32, pp 1-15.

⁴⁶) REYES CANO, P., “*Anales de la Cátedra Francisco Suárez: La patria potestad a examen ante la violencia de género*”, Granada, 2017, pp 344- 353.



patria potestad, las mismas que tienen en sus manos el futuro de la vida humana, y cuyas experiencias relacionales y afectivas serán determinantes para la calidad del lazo social por venir⁴⁷.

Cuando hablamos del problema social como es la violencia familiar contra el menor, nos encontramos ante una situación de extrema gravedad, debido a que nos encontramos en esta situación con un agresor, en este caso alguno de los progenitores, con cierta superioridad frente a la víctima, que en estos casos son los hijos que conviven con estos dentro del núcleo familiar. Dentro del ámbito familiar pueden darse diversos tipos de violencia frente a los menores:

- Violencia física: Consistente en toda acción que implique el uso de la fuerza contra otra persona, pudiendo consistir en golpes, patadas, pellizcos, lanzamientos de objetos, empujones, cachetadas y cualquier otra conducta que atente contra la integridad física.
- Violencia verbal: Este tipo de violencia suele manifestarse mediante el uso de una violencia emocional. Se da cuando una persona insulta, ofende o amenaza. Por ejemplo, cuando el padre o la madre le repiten reiteradamente a su hijo expresiones como «no sirves para nada», «eres un inútil», se basa en el uso de una forma verbal que denigrante. O cuando entramos dentro de humillaciones, acusaciones falsas, aislamientos.
- Violencia sexual: se basaría en aquellas acciones que implican uso de fuerza, chantaje, coacción, amenazas para hacer que otra persona lleve a cabo un acto sexual u otras acciones sexualizadas no deseadas. Por ejemplo: cuando se obliga al menor a mantener algún tipo de relación sexual contra su voluntad produciendo algún tipo de abuso.
- Violencia patrimonial: aquella que iría dirigida contra los bienes o pertenencias. Como podrían ser los casos en los que se rompen o esconden las cosas u objetos de la persona.

Muchas veces los menores suelen sufrir varios tipos de violencia de manera repetida y continuada. En todo caso esta violencia dentro del ámbito doméstico y por parte de sus padres o por uno de ellos, lesiona gravemente su identidad, autoestima y autodeterminación⁴⁸.

⁴⁷) DUPRET, M.A., *La violencia intrafamiliar contra niños, niñas y adolescentes ¿cómo intervenir y cómo prevenir?*, Abya-Yala, 2012, p 17.

⁴⁸) HERNÁNDEZ CERVANTES, G., *La pérdida de la patria potestad y el interés del menor*, Barcelona, 2010, pp-



2.1 La Ley 54/2007: El respeto a la integridad física y moral del menor. La suspensión de la facultad de corrección.

Tradicionalmente los Códigos Civiles han otorgado a los progenitores la facultad de corrección consolidada en el artículo 154.3 CC: « *Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad judicial. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos*»⁴⁹.

Hasta 2007, el artículo 154 CC recogía este derecho de corrección de los progenitores con respecto a sus hijos menores sometidos a la patria potestad. De manera que, si este derecho de corrección se ejercía de forma razonable y con moderación, servía como argumento para absolver por delito de malos tratos. Pero en 2007 se reformó el artículo 154 del CC, y se derogó la referencia expresa a dicho derecho, pero recogiendo dentro de los deberes que tienen los padres el de velar por sus hijos y educarlos. El problema está entonces en determinar el alcance del deber de educación, si incluye o no el derecho de corrección. Si no se actúa amparado en ese derecho de educación, como ocurre en el caso del padrastro que propinó una bofetada a su hijastra resuelto por el Supremo en de noviembre de 2015, se incurre en un delito de maltrato familiar, al no encontrarse en el ejercicio de la patria potestad, dado que ésta le correspondía a su esposa⁵⁰.

¿Era necesaria tal reforma?, ¿qué se pretendía con la supresión del derecho de corrección?, ¿ha sido bueno a nivel social y familiar erradicar el derecho de corregir a los hijos? Nos encontramos con dos posiciones enfrentadas: los defensores de la eliminación del derecho de corrección se amparan en que todos los estudios ven positiva esa eliminación ya que su uso fomenta la violencia y perjudica el desarrollo normal de la personalidad de los menores. En palabras de MURRAY STRAUS: «la paternidad proporciona una licencia para pegar». Por otro lado los que mantienen la idea del derecho de corrección se fundamentan en la expresión «*corregir moderada y razonablemente*» del art. 154 CC de tal forma, se estructura el derecho de corrección bajo el prisma de que sea razonable y moderada, siempre dentro del ámbito del amor, del cariño, y de velar por la integridad física y psíquica del hijo⁵¹.

110-112.

⁴⁹) SERRANO FERNANDÉZ, M., «La patria potestad y las instituciones tutelares», *Derecho de familia*, PIZARRO MORENO *et al*, (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p 194.

⁵⁰) https://elpais.com/economia/2017/04/18/mis_derechos/1492527952_320337.html.

⁵¹) <http://www.abogadoscarranza.com/content/sobre-el-derecho-de-correcci%C3%B3n-de-los-padres-los-hijos-derecho-necesitado-de-regulaci%C3%B3n>.



2.3 El maltrato grave

El maltrato constituye la otra vertiente de situaciones de violencia intrafamiliar, de hecho, cuando uno se adentra en este campo, necesita mucha fuerza para no caer en el espanto: niños con marcas de quemadura, con lesiones inexplicables por un accidente natural, con fracturas repetidas, otros que están encerrados durante días enteros, que comparten su comida con animales, etc., son cuadros difíciles de mirar.

El maltrato grave, aunque sólo en casos extremos llega a causar la muerte del menor, su meta, inconsciente por lo general, es la destrucción moral, física y/o emocional de la víctima. Sin embargo, cabe una precisión aquí, no todo maltrato conlleva este anhelo mortífero y, a pesar de tener a veces una apariencia violenta, hay casos, no raros, en los cuales se puede reconocer fines educativos, desde luego inadecuados para el menor. Insistimos en la necesidad de hablar de maltrato analizado como una expresión de violencia y de deseo de aniquilamiento contra un niño, una niña o un adolescente.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que es ineludible, para que el pequeño ser humano en formación pueda estructurarse psíquica y socialmente se requieren una serie de reglas y normas, las que por lo general se concretan a través de sanciones, las cuales bajo ningún concepto, estos castigos pueden poner en peligro el desarrollo psíquico y físico del menor). En este sentido, no conviene confundir cualquier castigo, cualquiera sanción, con una expresión violenta. Es importante apreciar en su justa medida la gravedad de una situación de maltrato y por lo tanto llevar a cabo un análisis de estas acciones y comportamientos hacia los hijos:

- La naturaleza de la acción cuestionada, la frecuencia, sus circunstancias, la fuerza utilizada, o sea, su realidad concreta, incluyendo la edad de la víctima.
- El impacto y las repercusiones emocionales y relacionadas de la acción cuestionada; lo que abarca tanto el aspecto subjetivo como la vivencia del acto por parte del menor.
- La intencionalidad del adulto: ¿conducta educativa? ¿castigo, comportamiento aberrante, sin ningún fin formativo?



Tras realizar este pequeño análisis es posible determinar si el acto violento es un comportamiento sin intencionalidad malévola, con sólo la apariencia de maltrato; o una conducta inapropiada e involuntaria, equivocada o si debe ser calificado de maltrato grave y ser objeto de las intervenciones pertinentes, jurídicas y psico-sociales en lo que se refiere al maltratador, y que requiere una atención profesional para el menor o tomar unas medidas extraordinarias apartando al progenitor o progenitores del cuidado de los hijos a su cargo privándole o inhabilitándole para el ejercicio de la patria potestad cuando así se requiera para salvaguardar el interés superior del menor⁵².

De esta manera la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Jaén 506/2008, de 26 de noviembre de 2018, ha tenido en cuenta, a la hora de decidir sobre el asunto, los siguientes hechos que la acusada, estando en su casa, regañó a su hijo por no haber hecho los deberes y que éste le tiró una zapatilla y se encerró en el servicio. Una vez que consiguió abrir la puerta, la madre agarró al niño del cuello y le dio un tortazo, dando lugar a que se golpeará contra el lavabo y le sangrara la nariz. La acusada trató de justificar su conducta manifestando que al no poder darle un azote, pues se revolvía, se le fue la mano al cuello y que se golpeó en el lavabo de forma incidental. Plantea, además, el debate de si esta conducta tiene cabida en el derecho de corrección de los padres respecto a los hijos. La Sala da respuesta a estas cuestiones declarando, por un lado, que el derecho de corrección al que se alude fue suprimido por la Ley de Adopción Internacional y por otro, que atendidos a los hechos probados procede declarar que se cumplen todos los requisitos del tipo maltrato, aun cuando hubiese sido la única agresión cometida ya que se considera una acción desproporcionada por parte de la madre. El juzgado condenando a la madre por un delito de malos tratos a 45 días de prisión y a la prohibición de aproximarse a su hijo a menos de 500 metros durante un año y cuarenta y cinco días. La cuestión se plantea en estos caso ¿es proporcionado o excesivo⁵³?

3. Abusos y agresiones sexuales contra menores en el ámbito familiar.

Una parte significativa de la actividad delictiva de naturaleza sexual contra menores tiene su origen en el ámbito doméstico. Cuando los delitos contra la libertad sexual afectan a los niños, a los

⁵²) <http://www.abogadoscarranza.com/content/sobre-el-derecho-de-correcci%C3%B3n-de-los-padres-los-hijos-derecho-necesitado-de-regulaci%C3%B3n>.

⁵³) http://www.lexnova.es/Pub_In/Juris_Gaceta/mas_juris/SJPenal261108.htm,



menores de edad o a personas con alguna deficiencia mental o psíquica que se encuentran con una ampliación de la patria potestad, merecen en general estas actuaciones un especial reproche moral y social y, en consecuencia, una contundente reacción penal proporcionada a su acentuada gravedad.

Pero cuando, por añadidura, son los propios padres los que intervienen como autores o partícipes, por acción u omisión consciente, en este tipo de delitos, debe merecer si cabe un mayor grado de desaprobación y repulsa por nuestro ordenamiento jurídico⁵⁴.

La forma del abuso sexual es una forma grave de incesto, porque el incesto constituye con el homicidio, la mayor transgresión de las normas socioculturales; no existe sociedad en la cual no se encuentre restos de esta prohibición fundamental, base estructural de la convivencia y de las leyes humanas.

Uno entiende entonces por qué la promiscuidad sexual de un adulto con menor –más aún si es impúber y si pertenece a su círculo familiar– puede tener consecuencias muy negativas para el desarrollo psíquico de estos, por dos motivos principalmente: el primero, porque este hombre que debería cumplir una función de progenitor para el menor, se le trata como un objeto sexual, de modo que el menor será conducido a graves confusiones psíquicas, afectivas y conductuales. El segundo motivo de los efectos perjudiciales de mantener con su padre o madre una relación demasiado cercana al nivel sexual –y aunque sea simplemente al nivel sentimental–, no se encuentra en condición de establecer al mismo tiempo amistades normales con amigos de su grupo etario, precisamente los que podrían llevarla hacia una sexualidad normal y conforme a su edad⁵⁵.

La edad de la víctima y el estrecho vínculo de proximidad, constituyen elementos fundamentales de valoración, como señala el STS de 10 de octubre de 2003⁵⁶ permite apreciar la

⁵⁴) FLORES RODRÍGUEZ, J., *La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores*, LA LEY, La ley Penal, N°90, 2012, p 1.

⁵⁵) DUPRET, M.A., *La violencia intrafamiliar contra niños, niñas y adolescentes ¿cómo intervenir y cómo prevenir?*, Abya-Yala, 2012, pp 21- 23.

⁵⁶) STS n° 4870/2014, España, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, 1ª), de 28 octubre de 2014 “ Que debemos condenar y condenamos a Claudio como autor responsable de un delito de abuso sexual con acceso carnal a la pena de CUATRO años de prisión que sustituye a la de DOS años y cinco meses impuesta en la sentencia de instancia, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se suprime la pena de prohibición de residir en la localidad de (...). Se mantienen íntegramente en lo demás y en lo que no se opongan a este el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia, y en particular lo relativo a penas accesorias (inhabilitación para el ejercicio del derecho de la patria potestad, prohibición de aproximarse a Modesto , así como de comunicarse con él o acudir a su domicilio o lugares frecuentados por él) indemnización y costas”, Id Cendoj: 28079120012011100035.



más claramente la desproporción o asimetría que refiere el abuso de superioridad, que debe ser «clara, evidente, notoria y que el agente actúe con plena consciencia de ello».

El Título VIII del Código Penal, relativo a «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual⁵⁷», contempla en varias ocasiones expresamente la relación paterno filial con diferentes matices o consecuencias. En el delito de captación de menores con fines sexuales o de distribución y difusión de imágenes pornográficas, el tipo se agrava con penas entre cinco y nueve años (art. 189.2g) del CP. También la ausencia de reacción o la desatención consciente de los obligados al cuidado del menor se eleva a un delito de grave omisión, el artículo 189.6 del CP con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

Por último el hecho de que exista una previa y estrecha relación de proximidad, confianza, superioridad o, en definitiva, vínculo íntimo entre víctima y delincuente, unida al dato objeto de la edad temprana – que facilita la comisión del delito y su impunidad – justifica la mayor gravedad de la pena. De esta manera el artículo 192.2 del CP contempla que todos aquellos que sean ascendientes, tutores o en general personas a cargo del menor serán castigados con la pena correspondiente en su mitad superior. En todas estas situaciones el artículo 192.3 del CP, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio⁵⁸, contempla como una consecuencia más a la gravedad de estos hechos que el Juez o Tribunal podrán imponer razonadamente, no solo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda por el tiempo de seis meses a seis años, sino, llegado el caso a la privación de la patria potestad⁵⁹, la cual constituye de este modo una medida que se adopta para la salvaguarda del menor sometido a la patria potestad ante conductas u omisiones irresponsables de quienes hasta el momento de la adopción de la medida tenían atribuidos los derechos paterno-filiales.

⁵⁷) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁵⁸) Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁹) FLORES RODRÍGUEZ, J., *La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores*, Editorial LA LEY, La Ley Penal, Nº90, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2012, pp 1-2.



CONCLUSIONES

La patria potestad se consagra como la institución por excelencia destinada a la protección de los hijos, cuya finalidad no es solo proteger sino que gira en torno a ella una serie de deberes que los padres deben proveer para el desarrollo personal de los hijos, además de cuidarlos y guiarlos hasta llegar a la edad adulta.

Tal es la importancia de esta institución, que se remonta al Derecho Romano, en el cual el *pater familias* era quien ejercía y ostentaba de manera absoluta y completa la patria potestad sobre los hijos quedando totalmente al margen la madre de esta función. Sin embargo como ocurre en las leyes que configuran los ordenamiento jurídicos, estas van evolucionando con el tiempo y junto a la sociedad en la que se encuentran inmersas, de tal modo que las nuevas reformas y cambios dieron lugar a la redacción más igualitaria que hoy en día recoge nuestro artículo 154 CC “*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores*”⁶⁰. De esta forma se aboga de manera general el ejercicio conjunto de ambos progenitores, sin embargo se recoge la posibilidad de que este sea ejercido por uno de ellos siempre y cuando sea en beneficio del interés superior del menor.

Sin embargo en esta importante institución, el juez no queda al margen y podrá intervenir en ella en la toma de determinadas decisiones cuando la ley le legitime para ello (art. 158 CC). La finalidad de esta norma se basa en la prevención de un peligro para el menor, o evitarle grandes perjuicios, ya que el peligro para el hijo no puede ni debe circunscribirse al aspecto estrictamente material o patrimonial sino también al moral⁶¹. Este precepto ha sido criticado por la doctrina, que se ha considerado excesiva la amplitud de sus términos, porque facilitan al Juez una intervención permanente y de oficio en el ejercicio de la patria potestad. Desde mi punto de vista, hay situaciones en las que en el ámbito familiar pueden producirse situaciones de convivencia complicada para los menores donde los progenitores lejos de cumplir estas funciones de protección comienzan a disiparse, es en este punto donde un juez como tercero imparcial, trate de salvar la situación y establezca una medida de protección para los menores, la cuestión que se plantea ¿ hasta qué punto tiene capacidad un juez de decidir sobre cómo ejercen los padres la patria potestad, o derecho a

⁶⁰) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE, núm. 206, de 25/07/1889.

⁶¹) LLEDÓ, YAGÜE, F., *Derecho de familia: Cuaderno III: las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental*, (2a. ed.), Dykinson, 2017. ProQuest Ebook Central.



decidir qué es lo mejor para un niño?

El ejercicio de la patria potestad es un Derecho Moderno que tiene un fundamento de atender a las necesidades básicas del menor (bienestar, salud, educación...). Sin embargo en algunos momentos este vínculo familiar entre los progenitores y sus hijos menores puede verse comprometido por hechos de especial, por lo tanto ¿qué es lo que ocurre cuando los deberes inherentes a la patria potestad no se cumplen o se ejercen de una manera inadecuada? nuestro Código Civil se encuentra reconocido y recogido en el artículo 170, donde se expresa que el padre o madre podrá ser privado total o parcialmente del ejercicio de la patria potestad cuando no ejerza de manera adecuada las funciones y deberes inherentes a esta institución, ya que la finalidad al fin y al cabo es salvaguardar el interés superior del menor si así lo considera oportuno la autoridad judicial.

Como ya hemos determinada, los cauces por los que se puede producir la privación de la patria potestad son tres: sentencia dictada en causa matrimonial, en un proceso «ad hoc», y en la que nos hemos centrado especialmente que es aquella privación por sentencia dictada en causa criminal a través siempre de una resolución judicial y a la que atiende la finalidad de este estudio. Queda claro y remarco en especial, como bien ha establecido el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que esta medida tiene un carácter excepcional que debe interpretarse de forma restrictiva, cuya aplicación exige siempre en cada caso concreto que aparezca probado de manera clara y concisa el incumplimiento del o los progenitores, siempre debidamente acompañada de una motivación de la medida suficientemente justificada que atienda al interés superior del niño (art. 154 CC).

La función de esta medida, no trata de sancionar la conducta de los padres aunque esta en algunos casos se encuentre tipificada y sancionada, se trata como he dicho anteriormente de salvaguardar el interés superior del menor. Las causas que generan esta medida deben ser graves y reiteradas, tanto de ámbito personal como patrimonial. En colación a lo anteriormente expuesto, en relación con la actividad judicial, los jueces tienen un amplio margen de actuación pero siempre teniendo presente el interés superior del menor, tanto a la hora de la privación como del mantenimiento o rehabilitación de la patria potestad. La jurisprudencia exige la justificación del caso concreto, y normalmente, los tribunales son reacios a la aplicación de esta medida, por su carácter excepcional. Además de la regulación en el Código Civil, debido a la importancia de esta medida, leyes de las respectivas Comunidades Autónomas contienen una regulación sobre ello, así mismo el Código de derecho Foral de Navarra, el Código de Derecho foral de Aragón o el Libro



Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y familia, son algunos de ellos. Aunque se usen terminologías diversas, patria potestad, autoridad familiar, potestad parental, etc...todas ellas fundamentan esta medida en el interés superior del menor.

Esta medida como hemos visto, no solo se concentra en el ámbito civil sino que trasciende en el ámbito penal a su vez, existiendo un debate sobre la decisión del juez penal en el ámbito civil en los casos que afectan a los derechos de los progenitores sobre sus hijos. Lo que supone en ocasiones que el juez penal deba adoptar de oficio medidas civiles de protección y afectantes al derecho de familia aunque la parte no lo inste, siempre y cuando en defecto de resolución del juez civil. El Código Penal, recoge en su artículo 39 un listado de una serie de penas privativas de derechos que conlleva la inhabilitación especial del derechos como la privación de la patria potestad, como puede ser penas superiores o iguales a diez años o inferiores a diez años que conllevan esta privación o inhabilitación especial.

He considerado importante y de especial interés el determinar cómo actúan estas medidas en determinados delitos, uno de ellos es en los casos de violencia de género. La patria potestad de manera general se ejerce siempre por ambos progenitores, ambos deben de tomar las decisiones con el consentimiento del otro para casos que sean trascendentes para la vida de los hijos, como puede ser en la educación, salud o incluso cambios de domicilio, donde se requiere la autorización o conformidad de ambos. Pero cuando nos encontramos casos de violencia de género, se producen una serie de obstáculos para el ejercicio de la patria potestad. Se ha considerado la violencia de género como una causa que dificulta el ejercicio conjunto de la patria potestad, y que justifica la atribución exclusiva a la madre como bien determina el art 65 de la Ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Sin embargo no suele ser una medida que se adopte por parte de los tribunales lo cual se considera absurdo, ya que ¿cómo se van a tomar decisiones de mutuo acuerdo si hay una orden de alejamiento frente a la madre? además el ejercicio conjunto en estos casos, no es una medida que favorezca al menor, sino al contrario ya que se tiende a usar a los hijos como objeto de control y sometimiento frente a la otra parte.



La medida que suele aplicarse suele ser la de inhabilitación del ejercicio de la patria potestad y el ejercicio exclusivo de la madre para evitar la privación, sin embargo el Tribunal Supremo ha considerado que el homicidio o asesinato de uno de los padre sobre el otro constituye e implica una necesidad de privar al homicida de la patria potestad sobre los hijos.

El ámbito familiar y la familia en sí, son el núcleo fundamental en el que se va a producir el desarrollo de los hijos, sin embargo la violencia muchas veces se inicia dentro del hogar que genera una situación de extrema gravedad ya que el agresor, se encuentra en el entorno del menor.

La violencia que suele ejercerse en estos casos puede ser de carácter verbal, patrimonial y las más graves la física y sexual, aunque muchas veces el menor suele sufrir varios tipos de ellas. Sin embargo el maltrato grave aunque solo sea en casos extremos, puede llegar a causar la muerte del menor. Es cierto que los padres en el ejercicio inherente a la patria potestad, tienen el deber de educar a sus hijos, pero el problema se da cuando esta corrección traspasa los límites y se convierte en una violencia constante y repetida sin ningún tipo de justificación. Varias medidas se han tomado para tratar de evitar la violencia en el ámbito doméstico, una de ellas fue la Ley 54/ 2007: El respeto a la integridad física y moral del menor, la suspensión de la facultad de corrección, para tratar de evitar que se permitiera de alguna manera esta violencia a veces desproporcionada. Considero, que si la finalidad de la patria potestad es una institución de carácter protectora, no cabe continuar con el ejercicio de esta cuando quien la ejerce rompe esta finalidad y traspasa los límites de lo que sería la educación de un hijo de manera coherente y sin violencia.

Otro caso, y tal vez los que más rechazo y reproche social producen, son los abusos y agresiones sexuales contra menores en el ámbito familiar, que al fin y al cabo no deja de ser un tipo de violencia. Estos hechos basados en acciones u omisiones generan graves problemas en el desarrollo de los menores, a los cuales suelen acarrear problemas en los años venideros debido a estas experiencias muchas veces traumáticas que pueden afectar a su autoestima y personalidad. La edad de la víctima y el vínculo de proximidad actuando con plena consciencia de ellos basándose en una posición de superioridad, son hechos que los Tribunales no solo podrán imponer la inhabilitación sino llegar a establecer la privación de la patria potestad, con el fin de salvaguardar el interés superior del menor.



Una pregunta que englobaría el conjunto de este estudio acerca de la privación de la patria potestad, sería la de **¿los derechos de los padres deben prevalecer sobre los derechos de los hijos?** Las leyes, el derecho y los jueces que se ven inmersos en estos procesos sobre la privación de la patria potestad (en nuestro caso por causa criminal) no buscan una finalidad de castigo en si, esta medida va mucho más lejos, ya que se centran en la parte realmente perjudicada ,que es el menor y se trata que las medidas llevadas a cabo, tengan como finalidad esa protección y salvaguardar el interés superior del menor.

Como hemos determinado, la institución de la patria potestad otorga una serie de derechos y deberes a los padres sobre los hijos (velar por ellos, cuidarlos, tenerlos en su compañía...), pero cuando estos derechos y deberes no se ejercen correctamente por los padres, hay que plantearse determinadas medidas que en algunos casos pueden dar lugar a la privación de la patria potestad. Cuando nos situamos en el ámbito de la violencia de genero, se plantea la incógnita de ¿ un hombre que maltrata a su pareja, puede ser buen padre? desde mi punto de vista no, ya que se sitúa al menor en una esfera peligrosa, que puede influir y perjudicar gravemente a su desarrollo personal, ya que aquel progenitor que ejerce violencia sobre su pareja deja de ser un modelo a seguir. En estos casos es necesario adoptar medidas frente a los hijos, y se puede llevar a la privación de la patria potestad o medidas similares, entonces es cuando la parte afectada puede alegar el derecho de relacionarse con sus hijos, pero cuando el ejercicio de la patria potestad se realiza de manera inadecuada o se incumplen los deberes de esta, parece lógico desposeer a aquel progenitor que la infringe estos deberes que otorga la patria potestad. En los casos de violencia doméstica sobre los hijos o los abusos sexuales frente a estos por parte de sus progenitores, también se toman este tipo de medidas privativas de derechos. Uno de los deberes de la patria potestad es el de educar a los hijos, de esta forma, un progenitor que ejerce violencia desproporcionada, convirtiéndose en un maltrato constante sobre el menor, como medio de educación, tiene sentido el privar a este de sus derechos como padre o madre sobre los hijos.

Por lo tanto cuando los jueces se ven inmersos en estos procesos tan complejos, deben de buscar la medida que ampare y proteja siempre el interés superior del menor, que al fin y al cabo es la parte mas vulnerable, por lo que llegamos a la conclusión de que los derechos de los padres sobre los hijos, no siempre van a encontrarse en un primer plano.



BIBLIOGRAFÍA:

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., (coord.), *Comentarios al Código Civil*, ARANZADI, 2ª edición, Navarra, 2006, pp 308-309.
- BLASCO GASCO, F.P., CARTAGENA PASTOR, F., LOPEZ EBRI, G.A., NUÑO DE LA ROSA AMORES, J.A., DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Contestaciones al programa de Derecho Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, Volumen III, Temas 68 a 95, 2ª edición, Tirant lo Blach, Valencia, 2007, pp 256-277.
- Constitución Española, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
- Convención sobre los Derechos del niño 20 de noviembre de 1989.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, BOA, núm. 67, de 29 de marzo de 2011.
- DUPRET, M.A., *La violencia intrafamiliar contra niños, niñas y adolescentes ¿cómo intervenir y cómo prevenir?*, Abya- Yala, 2012, pp 13-17 y 19- 29. ProQuest Ebook Central.
- FERNANDÉZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 7ª edición, Iustel, Madrid, 2014, pp 239-240.
- FLORES RODRÍGUEZ, J., *La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores. LA LEY*, La ley Penal, N°90, 2012, pp 1-4.
- HERNANDEZ CERVANTES, G., *La pérdida de la patria potestad y el interés del menor*, Barcelona, 2010, pp 110-112. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/48647/ghc1de1.pdf>
- [Http: www.abogadoscarranza.com/content/sobre-el-derecho-de-correcci%C3%B3n-de-los-padres-los-hijos-derecho-necesitado-de-regulaci%C3%B3n](http://www.abogadoscarranza.com/content/sobre-el-derecho-de-correcci%C3%B3n-de-los-padres-los-hijos-derecho-necesitado-de-regulaci%C3%B3n), Fecha de consulta: 26/05/2018.
- [Http: www.lexnova.es/Pub_In/Juris_Gaceta/mas_juris/SJPenal261108.htm](http://www.lexnova.es/Pub_In/Juris_Gaceta/mas_juris/SJPenal261108.htm), Fecha de consulta: 28/05/2018.
- [Https: www.elpais.com/economia/2017/04/18/mis_derechos/1492527952_320337.html](https://www.elpais.com/economia/2017/04/18/mis_derechos/1492527952_320337.html), Fecha de consulta: 26/05/2018
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *et.al, Elementos de Derecho Civil IV Familia*, Cuarta edición, Dykson, Madrid, 2010, pp 387-388.
- Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil Foral de



Navarra (Publicada en el BOE de 7 a 10 y 12 a 14 de marzo de 1973; corr. err., BOE de 30 de mayo de 1974).

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE, núm. 7, de 08/01/2000.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, DOGC, núm. 5686, de 05/08/2010, BOE, núm. 203, de 21/08/2010.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección sobre la protección judicial del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE, núm., 15, de 170/01/1996.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE, núm. 313, de 29/12/2004.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 281, de 24/11/1995.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE, núm.175, de 23 de julio de 2015.
- LLEDÓ YAGÜE, F., et. al, *Derecho de familia: Cuaderno III: las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental*, 2ª edición, Dykinson, 201, pp 95- 100. ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/unizarsp/detail.action?docID=4945789>.
- MAGRO SERVET, V, *La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal*. <http://www.elderecho.com>.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., *La privación de la patria potestad por sentencia penal*, Wolters Kluwer, LA LEY, Derecho de familia, N°12, 2016, pp 1-2.
- MORENO NAVARRETE, M.A., *La privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio como medida reduccionista de la pena de prisión en el marco de la mediación*, *Anales de Derecho*, Vol.34, N°34, Murcia, 2016, pp 1-23. <http://www.revistas.um.es/analesderecho>. Fecha de consulta 15/04/2018.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad », *Curso de Derecho Civil*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), Volumen IV, 5ª edición, Edisofer, Madrid, 2016, pp 380-402.



- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE, núm. 206, de 25/07/1889.
- REYES CANO,P, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: La patria potestad a examen ante la violencia de género*, Granada, 2017 pp 344- 354. [http: Fecha consulta 20/04/2018 revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/6259/5573.](http://Fecha%20consulta%2020/04/2018%20revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/6259/5573)
- SAP de Barcelona, n. ° 338/2015, de 20 de mayo de 2015.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M., «La patria potestad y las instituciones tutelares», *Derecho de familia*, PIZARRO MORENO *et al*, (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp 189-195 y 200-201.
- STS nº 415/2000, España, Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, 1ª), 24 de Abril de 2000, Id Cendoj: 28079110012000101471.
- STS nº 4575/2015, España, Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, 1ª), 9 de noviembre de 2015, Id Cendoj: 28079110012015100594.
- STS nº 4870/2014, España, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal,1ª), de 28 octubre de 2014,Id Cendoj: 28079120012011100035.
- ZURITA MARTÍN, I., *La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal*, tomo 3, LA LEY, Actualidad Civil, Nº 32, pp 1-15.