

CONSECUENCIAS JURÍDICO-CIVILES DE NATURALEZA PERSONAL DE LOS HOMICIDIOS Y ASESINATOS. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL *

Francisco Javier Jiménez Muñoz

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

TITLE: *Civil consequences of a personal nature of homicides and murders. Case-law evolution.*

RESUMEN: El Código Civil recoge, como medida de protección de los hijos, la posibilidad de privación judicial total o parcial de la patria potestad en un proceso civil, ordinario o matrimonial, o penal, fundamentalmente por un incumplimiento de los deberes paternofiliales. Los tribunales penales se encontraron inicialmente con importantes limitaciones para adoptar medidas civiles de restricción de los derechos de los progenitores para con sus hijos, destacadamente en relación con la posibilidad de privación o restricción de la patria potestad derivada de la comisión de los delitos más graves, si bien las reformas del Código Penal de 2010, 2015 y 2021 han ampliado esta posibilidad.

En el presente estudio analizamos las distintas formas de restricción en vía penal de las posiciones tuitivas de los condenados por delitos de homicidio o asesinato sobre menores o personas sometidas a la prestación de apoyos, especialmente en relación con la patria potestad.

ABSTRACT: *The Civil Code includes, as a measure of protection of children, the possibility of total or partial judicial deprivation of parental authority in an ordinary or marital civil, or criminal, proceeding, fundamentally due to a breach of parent-child duties. The criminal courts initially encountered significant limitations in adopting civil measures to restrict the rights of parents towards their children, notably in relation to the possibility of deprivation or restriction of parental authority derived from the commission of the most serious crimes, although the reforms to the Criminal Code of 2010, 2015 and 2021 have expanded this possibility.*

In the present paper we analyze the different forms of criminal restriction of the protective positions of homicide or murder convicts over minors or people subject to the provision of support, especially in relation to parental authority.

PALABRAS CLAVE: Homicidios y asesinatos, patria potestad, tutela, curatela, privación, suspensión.

KEY WORDS: *Homicides and murders, parental authority, guardianship, curatorship, deprivation, suspension.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PATRIA POTESTAD. 3. EL CÓDIGO CIVIL: LA POSIBILIDAD DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 4. LA RESTRICCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO MEDIDA PENAL: ANTECEDENTES. 5. LA RESTRICCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO MEDIDA PENAL EN SUS DIVERSAS FORMAS. 5.1. *Inhabilitación y privación de la patria potestad.* 5.2. *La consideración del superior interés del menor en la restricción de la patria potestad.* 6. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE CARGOS TUITIVOS. 7. LA EXCLUSIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. 8. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación Muerte y delito: estudio integral e interdisciplinar de los asesinatos y homicidios cometidos y enjuiciados en España (ref. PID2020-113262GB-I00), del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento del Sistema de I+D+I, Conv. 2020, de la Agencia Estatal de Investigación, del que es Investigadora Principal Esther Hava García (UCA).

GÉNERO. 8.1. *Violencia de género y restricción de la patria potestad*. 8.2. *La introducción de la suspensión de la patria potestad*. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo, como indica su título, es el estudio de las consecuencias jurídico-civiles de naturaleza personal de los homicidios y asesinatos, deteniéndonos especialmente en la exposición de la evolución que ha experimentado la jurisprudencia en esta materia. En lo sucesivo, como simplificación y para abreviar, nos referiremos principalmente al homicidio, conceptualizado en sus diversas modalidades, pues realmente el asesinato no es más que un homicidio agravado¹.

El delito de homicidio, como los otros tipos penales, conlleva para su autor una serie de consecuencias sancionatorias. En esas consecuencias pueden distinguirse en primer lugar unas de naturaleza propiamente penal, que abarcarían tanto la pena principal como las posibles accesorias, y que se traducen en la privación de libertad o de otros derechos; y en segundo lugar unas consecuencias de tipo civil.

Las consecuencias civiles incluirían tanto los efectos de carácter patrimonial como los de tipo personal. Consecuencias patrimoniales serían aquellas que tienen una traducción en la producción de un perjuicio de naturaleza patrimonial en el responsable del delito, principalmente la responsabilidad civil *ex delicto* de los artículos 109 a 122 del Código Penal (en adelante, CP) —a los que se remite el 1.092 del Civil—²,

¹ Vid. art. 139 CP, en relación con el 138.

² Aunque en realidad es propiamente una responsabilidad civil extracontractual, como se ha defendido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En la primera, vid. PANTALEÓN, Fernando, Comentario al artículo 1.902, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1973-1977; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de las fronteras», *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil* (Jornadas APDC 2011), Editum, Murcia, 2011, pp. 237-238; VERDERA SERVER, Rafael, Comentario al artículo 1092, *Comentarios al Código Civil*, dir. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, T. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7991; y OLMO GARCÍA, Pedro del, Comentario al artículo 1902, *Comentarios al Código Civil*, dir. por Ana Cañizares Laso, T. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 8459. Por su parte, la jurisprudencia civil ha declarado reiteradamente que «la responsabilidad civil por la que se responde en el proceso penal, no es más que la responsabilidad civil extracontractual o, como mayor precisión, la obligación nacida de un acto ilícito; y si esta acción se ejercita en el proceso civil, se aplican las normas del Código Civil y la jurisprudencia de esta Sala, con independencia si traen causa de un acto delictivo o no», como en las SSTs (1ª) 1137/1999, 22 diciembre; y 887/2003, 1 octubre. Por ello, el Juez civil que conozca de la pretensión indemnizatoria habrá de aplicar las normas del CP y, supletoriamente, las del CC, como señala LUNA SERRANO, Agustín, Comentario al artículo 1.092, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 16.

concretada en el deber de resarcir el daño provocado, ya sea a través de su restitución *in natura* cuando esta sea posible o sobre todo mediante el abono de una indemnización³, pero también otras como que el delito constituya causa de indignidad sucesoria⁴, o causa directa⁵ o indirecta⁶ de desheredación del autor que sea progenitor de la víctima, o su cónyuge⁷.

Las consecuencias personales consistirán en la imposición *ex lege* de un perjuicio a la persona del penado, fundamentalmente en relación con su vida familiar, y así entrarían en este ámbito la inhabilitación para el ejercicio y la privación o suspensión de la patria potestad o de otras funciones tuitivas sobre los hijos menores, a las que nos referiremos en extenso a lo largo de este trabajo; la privación de la guarda y custodia o del derecho de visitas a esos menores, la imposibilidad de que se acuerde la guarda y custodia compartida, la consideración negativa de su aptitud para ser tutor o curador...⁸, que estarían contenidas en la propia sentencia penal o como efecto civil de la misma. Como indicamos, son estas consecuencias civiles de carácter personal derivadas del homicidio sobre las que versará este trabajo.

³ Es esta una materia que ha recibido gran atención por parte de la doctrina tanto penalista como civilista, dándose lugar a una abundante literatura científica, entre la que podemos citar sucintamente a LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; ROIG TORRES, Margarita, *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual.: delimitación y especies, elementos, efectos o consecuencias*, 5ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2019 y «La responsabilidad civil en el proceso penal», *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por Luis Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago, 5ª ed., Vol. 1, Ed Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1105-1236; ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, «La responsabilidad civil en la violencia de género», *RCDI*, Nº 776, 2019, pp. 3108-3126; PANTALEÓN DÍAZ, Marta, *Delito y responsabilidad civil extracontractual: Una dogmática comparada*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2022.

⁴ Art. 756.1º CC, aplicable cuando la víctima haya sido el «causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes».

⁵ Como causa para desheredar a padres y ascendientes se contempla doblemente en el art. 854, tanto a través de una remisión a la causa de indignidad del art. 756.1º CC (por tanto, como decíamos, cuando la víctima haya sido el «causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes»), como específicamente en los casos de que un progenitor haya atentado contra la vida del otro sin haber habido reconciliación, en el art. 854.3ª CC.

⁶ A estos efectos, como veremos más adelante, también pueden llegarse a la existencia de una causa de desheredación del progenitor como resultado indirecto del delito, al ser consecuencia a su vez de la privación de la patria potestad como consecuencia del delito (art. 854.1ª CC).

⁷ Como causa para desheredar al cónyuge se contempla en el art. 855.4ª CC el haber atentado contra la vida del testador, si no hubiere mediado reconciliación.

⁸ Penas que tendrían su antecedente inmediato en la pena accesoria de interdicción civil del art. 43 del CP de 1944, que fue suprimida en 1983 al considerarse inconstitucional por su carácter perpetuo, e implicaba la pérdida de derechos familiares: privación de la patria potestad o inhabilitación para la tutela, la participación en el Consejo de Familia o del ejercicio de la autoridad marital. Vid. SANTANA VEGA, Dulce M., «La reforma de las penas de privación de la patria potestad e inhabilitación especial de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento», *Patria potestad, guarda y custodia. Congreso IDADFE 2011*, dir. por Carlos Lasarte, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, pp. 145-146.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que las consecuencias penales y civiles no constituyen propiamente compartimentos estancos, en el sentido de que una consecuencia deba conceptuarse necesaria y exclusivamente como civil o penal, pues como veremos las consecuencias civiles personales, además de establecerse en la vía propiamente civil, pueden establecerse como penas accesorias. Así, podemos hablar de *sanciones penales y civiles de contenido civil*, para hacer referencia a consecuencias sancionatorias de carácter civil que pueden ser impuestas por la jurisdicción penal y dentro de un procedimiento de esta naturaleza, o por la jurisdicción civil en un juicio civil, y en las que podrían distinguirse —como hemos señalado— unos efectos patrimoniales y otros personales.

Una muestra de que el Juez penal pueda establecer medidas de naturaleza estrictamente civil la podemos apreciar en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr), respecto de la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica, cuyo apartado 5 establece que la orden de protección, aun siendo dictada por el Juez de Instrucción, comprenderá las medidas cautelares *de orden civil* y penal contempladas en el artículo, y el apartado 7, al referirse a las medidas *de naturaleza civil*, señala que podrán adoptarse siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil (en lo sucesivo, CC), y que si durante su plazo de vigencia de treinta días se incoara un proceso de familia por la víctima o su representante legal, permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda, en los cuales el Juez de primera instancia competente deberá ratificarlas, modificarlas o dejarlas sin efecto. Como observamos, aun siendo medidas civiles, podrán acordarse por el Juez penal pero sin perder esa naturaleza civil, y de ahí que se subordinen a la inexistencia de una previa medida judicial civil y a lo que en su caso pudiera acordar con posterioridad el Juez civil de familia.

El carácter fundamentalmente civil de estas medidas restrictivas puede apreciarse en que, a diferencia de las medidas puramente penales (prisión, multa...), con la suspensión o privación de la patria potestad o los cargos tuitivos no se busca solo una finalidad principalmente punitiva o sancionadora (y en todo caso, no en su aspecto específicamente derivado de la comisión de un delito, pues también tienen un componente sancionador del incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad, como trataremos más adelante), sino también —e incluso sobre aquella— protectora del interés superior del menor, de modo que el interés superior del menor deberá ser tenido en cuenta en todo momento. Es decir, si bien cuando se establece

por la jurisdicción penal esta medida asume connotaciones no solo sancionadoras sino también represivas, su finalidad tuitiva del menor, víctima del delito, no desaparece sino que se compatibilizan ambas dimensiones.

En ese sentido, podemos distinguir medidas o penas de naturaleza e imposición exclusivamente penal, en cuanto que solo pueden ser establecidas por los tribunales penales y suponen una restricción de derechos de naturaleza no civil como consecuencia de la comisión de un delito o con carácter cautelar, como serían por ejemplo las de prisión o las multas pecuniarias; medidas de naturaleza e imposición exclusivamente civil, en cuanto que solo pueden ser impuestas por los tribunales civiles y suponen una restricción de derechos o la imposición de deberes de naturaleza civil, como por ejemplo la imposición del pago de una indemnización por responsabilidad contractual; y medidas de naturaleza propiamente civil pero que pueden imponerse tanto por los tribunales civiles como por los penales, como serían los casos de la reparación de la responsabilidad civil *ex delicto*⁹ o —por lo que ahora nos interesa— la suspensión o privación de la patria potestad. De este modo, en estos casos nos encontraríamos con una sistema dual: lo mismo que en el caso de la responsabilidad civil *ex delicto* lo ordinario será que se establezca por los tribunales penales, pudiéndose sin embargo resolver por los tribunales civiles cuando se haya reservado su ejercicio para realizarlo ante dicha jurisdicción tras el juicio penal¹⁰, en el caso de la suspensión o privación de la patria potestad *ex delicto* el tribunal penal podrá establecerla si no se hubiera constituido ya con anterioridad por un Juez civil, e igualmente en caso de no imposición como pena por el tribunal penal (por ejemplo, por inexistencia de responsabilidad criminal por concurrencia de alguna de las eximentes del art. 20 CP), podrá instarse con posterioridad ante la jurisdicción civil. Esta dualidad de sistemas vendría justificada fundamentalmente por razones de agilidad y economía procesal, para evitar dilaciones en el establecimiento de la medida suspensiva y el entablamiento de acciones en paralelo, que pudieran redundar en perjuicio de los menores víctimas directas o indirectas de estos delitos, como veremos más adelante que sucedía con los delitos más graves (como el homicidio) hasta la reforma del Código Penal de 2010¹¹.

⁹ Vid. al respecto *supra*, notas 2 y 3.

¹⁰ Sobre las posibilidades de ejercicio de la exigencia de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal, vid. por todos LUNA, Comentario al artículo 1.092, *op. cit.*, p. 16.

¹¹ Precisamente, la Exposición de Motivos del anteproyecto que da origen a la reforma del Código Penal de 2010, de 23 julio 2009, indicaba que la inclusión en dicho Código de la pena de privación de la patria potestad se fundamenta en el interés del menor y razones de economía procesal, al otorgar al Juez o Tribunal penal la facultad de aplicar lo dispuesto en el art. 170 CC, en cuanto esta norma contiene una atribución legal que determina una extensión de la jurisdicción de los tribunales penales a cuestiones

2. LA PATRIA POTESTAD

Como hemos visto, las consecuencias civiles de carácter personal versan fundamentalmente en torno a la privación de la patria potestad o de alguno de sus aspectos, por lo que no estaría de más recordar qué es exactamente la patria potestad. Conforme al *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la Real Academia Española¹², se trata de la «potestad ejercida por los padres en beneficio de sus hijos no emancipados, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica»¹³. La patria potestad implica una función constituida por un conjunto de deberes y facultades de los progenitores para con sus hijos no emancipados, que conlleva un deber de velar por el interés de los menores¹⁴. Conforme al artículo 154.II del Código Civil, es una función que, en cuanto responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos¹⁵, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Por ello, cuando ese deber de velar no se cumple debidamente, se puede proceder judicialmente a su suspensión o privación y en base a ese incumplimiento¹⁶, y más precisamente a la suspensión o privación de su

que, en principio, corresponden a la jurisdicción civil. En el mismo sentido se pronuncia la STS (2ª) 770/2023, 17 octubre.

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Voz «Patria potestad», *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2023.

¹³ De modo aún más preciso y ajustado al contenido del Código Civil, el *Diccionario jurídico* de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación la define como «obligación de los padres de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes durante la minoría de edad, o bien hayan estado declarados sujetos a una limitación de su capacidad. [...]» (REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, Voz «Patria potestad», *Diccionario jurídico*, dir. por Alfredo Montoya Melgar, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 805).

¹⁴ Su contenido viene recogido, no taxativamente, en el art. 154.III CC:

«Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º Representarlos y administrar sus bienes.
- 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.»

En la misma orientación, el art. 39.3 de la Constitución dispone que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.»

¹⁵ En ese sentido, la STS (1ª) 23 julio 1987 conceptúa la patria potestad como una institución actualmente inspirada en el bien del hijo, que aparece como *absolutamente determinante* (cursivas nuestras).

¹⁶ En ese sentido, la STS (1ª) 1165/1996, 31 diciembre, señala que

«aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente»,

y la 315/2014, 6 junio, que, en atención al sentido y significación de la patria potestad, «su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo

aspecto de «conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre dichos padres»¹⁷. De este modo, es el interés de los hijos, que justifica y fundamenta la atribución de la patria potestad a los progenitores, el que determina igualmente que, cuando estos incumplen gravemente los deberes derivados de esa función, deba privárseles de la misma.

La patria potestad se atribuye legalmente a los padres por el mero hecho de la filiación, y —como se ha indicado— debe ejercitarse siempre en beneficio de los hijos, como un aspecto más del principio del superior interés del menor.

En situaciones de convivencia normal, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponden a ambos progenitores, conforme al principio de corresponsabilidad parental, pero cuando haya una causa que lo aconseje, el Juez puede acordar la privación (arts. 170, y 92.3 CC en los procesos matrimoniales)¹⁸. De este modo, se podrá proceder a la privación siempre y cuando el o los progenitores incumplan constante, grave y reiteradamente los deberes inherentes a la misma¹⁹, sin que basten incumplimientos aislados y momentáneos; y además dicha privación sea beneficiosa para el menor²⁰.

En tal sentido, y a diferencia de lo que —como veremos más adelante— se ha mantenido por mucho tiempo en la jurisdicción penal, en los tribunales civiles ya se venía defendiendo la conveniencia de la privación de la patria potestad en los casos de asesinato (o tentativa) de la madre por el padre, considerándolo uno de los incumplimientos más graves de los deberes inherentes a la patria potestad, por cuanto se privaba a un hijo de la vida de su madre²¹.

constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva», declaración que se reitera por las SSTs (1ª) 621/2015, 9 noviembre; 14/2017, 13 enero; 291/2019, 23 mayo, y 514/2019, 1 octubre; y los AATS (1ª) 14 abril 2021 y 23 marzo 2022.

¹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Voz «Privación de la patria potestad», *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2023.

¹⁸ MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 87.

¹⁹ SSTs (1ª) 848/1996, 18 octubre; 900/2005, 10 noviembre; 315/2014, 6 junio; o 621/2015, 9 noviembre.

²⁰ Como dice la STS (1ª) 621/2015, 9 noviembre, la patria potestad «es una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma».

²¹ Podemos citar en tal sentido las SSTs (1ª) 1165/1996, 31 diciembre; 415/2000, 24 abril; y 887/2003, 1 octubre, o la SAP Valencia (10ª) 416/2004, 29 junio.

3. EL CÓDIGO CIVIL: LA POSIBILIDAD DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Desde 1981, el artículo 170 del Código Civil —y anteriormente, entre 1889 y 1981, el 169.1º— establece la posibilidad de privación judicial total o parcial de la patria potestad en sentencia por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (proceso civil) o dictada en causa *criminal* o matrimonial, si bien otra sentencia, en beneficio e interés del hijo, podrá acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

Como vemos, la privación de la patria potestad deberá acordarse judicialmente²² (en el ámbito civil, en un procedimiento específico, por los trámites del juicio ordinario²³, o en un proceso matrimonial; o en la jurisdicción penal), siendo esa resolución judicial constitutiva de la privación, a diferencia de la exclusión de la patria potestad prevista en el artículo 111 del Código Civil, en que la privación de derechos se produce por ministerio de la ley²⁴; y puede ser total o parcial²⁵. Además, al basarse en la existencia de una causa (según los casos, el incumplimiento de los deberes derivados de la misma, la comisión de un hecho sancionado penalmente o la realización de un hecho con repercusión matrimonial) es en principio temporal, pues se podrá recuperar cuando desaparezca la causa que la motivó.

Consecuentemente, el Código Civil permite que el Juez penal resuelva sobre la privación de la patria potestad sin necesidad de remitirse a que se decida en el proceso civil. Es más, como veremos, en los casos de violencia de género el artículo 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la

²² El que la privación de la patria potestad es exclusivamente de competencia judicial puede verse también en relación con las facultades de las entidades públicas de protección de los menores, que podrán regular e incluso suspender las visitas y comunicaciones de los parientes y allegados con los menores en situación de desamparo (art. 161 CC), y desde la declaración de desamparo pasan a tener su tutela por ministerio de la ley, produciéndose con ello la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria (art. 172.1.I y III CC), mientras que respecto de la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela no podrán acordarlas sino únicamente promoverlas *si procediere* (se entiende que en vía judicial), en legitimación compartida con el Ministerio Fiscal (art. 172.1.IV CC).

²³ Al tratarse de una cuestión relativa al estado civil y por tanto sin interés económico calculable (art. 249.2 LEC) y no entrar en el ámbito de los procedimientos especiales.

²⁴ ZURITA MARTÍN, Isabel, «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», *Actualidad Civil*, Nº 32, 2003, p. 869.

²⁵ No obstante, la posibilidad de admitir una privación parcial es discutible, dado que la titularidad se considera esencialmente indivisible y es cuestionable que se pueda privar solo de algunas facultades concretas, y cuando así se ha declarado puede considerarse que se ha confundido con otras situaciones en que se produce una suspensión en el ejercicio (que no la titularidad) de la patria potestad en virtud del art. 156 CC. Cfr. MESA MARRERO, Carolina, Comentario al art. 170, *Comentarios al Código Civil*, dir. por Ana Cañizares Laso, T. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1357.

Violencia de Género (en lo sucesivo, LOMPIVG o Ley Orgánica 1/2004) obliga al Juez a pronunciarse, incluso de oficio, sobre la adopción de medidas cautelares sobre la suspensión de la patria potestad y la custodia y del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores que dependan del inculpado²⁶.

Fundamentalmente, la causa que dará origen a la privación de la patria potestad será un *incumplimiento de los deberes paternofiliales*, adoptándose así como medida de protección de los hijos. Dicho «incumplimiento de deberes» implica una fórmula genérica que necesita concreción y que en todo caso, como medida restrictiva de derechos, deberá ser interpretada restrictivamente: el incumplimiento que dé lugar a la privación de la patria potestad ha de ser grave, bien por la intensidad del peligro o ataque de la conducta del progenitor sobre los intereses del hijo, bien por su reiteración o duración, pues, como mantiene la jurisprudencia²⁷, la importancia que el ordenamiento jurídico concede al ejercicio por parte de los titulares naturales de este derecho a la patria potestad impone que sus limitaciones deban interpretarse restrictivamente²⁸.

Para concretar ese concepto puede servir como referencia el artículo 236-6.1 *in fine* del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCC), que determina la existencia de «incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado²⁹ sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista», y contempla que estos hechos también pueden dar lugar a la denegación, suspensión y modificación de las relaciones personales (art. 236-5.1 CCC)³⁰: por tanto,

²⁶ Como hemos visto, esta competencia del Juez penal se contempla igualmente en relación con la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica (art. 544 ter LECr).

²⁷ Así, las SSTs (1ª) 555/1996, 6 julio; 720/2002, 9 julio; o 1127/2003, 27 noviembre.

²⁸ BACH FABREGÓ, Roser y GIMENO CUBERO, Miguel Ángel, *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

²⁹ La expresión «incapacitado» debe entenderse actualmente, en consonancia con el art. 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en la línea de lo que indica la exposición de motivos de la Ley catalana 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: «las referencias del libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención»), como equivalente a la indicación *persona con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídicas*, resultante de la reforma de la LEC (además del CC) realizada por la Ley estatal 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que suprime la *incapacitación*, como resultaría igualmente de una interpretación sociológica del término. Se produce así actualmente en Cataluña una dualidad terminológica entre la norma sustantiva (CCC, que sigue hablando de *incapacitado*) y la norma procesal (LEC, de aplicación general en toda España, que adopta la nueva denominación). Por ello, como decimos, entendemos que ha de entenderse el concepto de incapacitado en ese sentido.

³⁰ Vid. *infra* la nota 41.

en los casos de tentativa o consumación de un homicidio del progenitor sobre el hijo menor o *incapacitado*, especialmente en los casos en que se han realizado como un acto de *violencia familiar o machista* (que será lo más frecuente), así como cuando el delito se ha cometido entre los progenitores (en que el menor será víctima indirecta), nos encontraríamos ante un incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales que daría lugar a la privación de la patria potestad. Tengamos presente que buena parte de los homicidios y asesinatos se producen dentro del ámbito de la familia³¹.

La privación es así una medida de sanción frente al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, pero junto a ese aspecto sancionatorio —y más que a él— debe atenderse sobre todo al interés superior del menor y como medida de protección de este³². Recordemos que el *interés superior del menor* es un principio que ha de valorarse y aplicarse preferentemente a otras consideraciones, conforme al artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³³, que es a su vez la concreción del artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España

³¹ Así, un análisis de los casos enjuiciados por el Tribunal Supremo entre 2017 y 2021 pone de manifiesto una prevalencia de los asesinatos y homicidios de carácter intrafamiliar del 45 %. Cfr. HAVA GARCÍA, Esther, «Un estudio descriptivo de los homicidios y asesinatos enjuiciados por el Tribunal Supremo entre 2017 y 2021», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Vol. 23 (1), 2023.

³² SSTS (1ª) 1165/1996, 31 diciembre; 141/1999, 23 febrero; 415/2000, 24 abril; 887/2003, 1 octubre; 653/2004 y 670/2004, ambas 12 julio; 998/2004, 11 octubre; 1378/2004, 29 noviembre; 1083/2010, 15 diciembre; 36/2012, 6 febrero; 315/2014, 6 junio; 319/2016, 13 de mayo; 14/2017, 13 enero; 171/2018, 23 marzo; o 291/2019, 23 mayo. Como señala la STS (1ª) 415/2000, 24 abril,

«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».

De ahí que no sea procedente cuando la situación y personalidad actual del menor no lo requiera y la privación resultaría inútil para esa finalidad, como en la STS (1ª) 56/2004, 9 febrero, que declara su

«evidente inutilidad [...] cuando el menor tiene ahora catorce años y la demanda se entabló cuando tenía cinco. En ese lapso de tiempo es obvio que se ha producido un cambio de su personalidad que hace inapropiado dictar unas medidas [...] considerando que tuviese cinco».

La protección del interés superior del menor como finalidad central de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad es destacada igualmente por la jurisprudencia penal, y así podemos citar, entre otras, las SSTS (2ª) 1083/2010, 15 diciembre; o 118/2017, 23 febrero.

³³ «Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.»

el 30 de noviembre de 1990³⁴. Así, podemos concluir que se deberá producir la privación de la patria potestad del progenitor cuando conste un daño para el menor debido a su comportamiento violento o vejatorio hacia el otro progenitor y/o sus hijos, pues el interés del menor se vería afectado no sólo cuando ese comportamiento violento recae directamente sobre él, sino también cuando recae sobre el otro progenitor (lo más frecuentemente, la madre), debiéndose llegar a la privación de la patria potestad en los casos más graves³⁵, como son —en el marco del objeto de nuestro estudio— la tentativa o consumación de un homicidio o asesinato, y así los tribunales tanto civiles como penales (si bien estos posteriormente, por las razones que trataremos más adelante) han mantenido la línea de establecer la privación de la patria potestad de los hijos en los casos de asesinato (o tentativa) de la madre por el padre, pues en ellos es claro tanto el incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad como la protección del interés superior de los hijos con tal medida. En tal sentido, el incumplimiento de los deberes normalmente será sancionado con la privación en los casos más graves, como ante una tentativa de filicidio, pero según las circunstancias podría resultar que el interés superior del menor impusiera que excepcionalmente no se llegara al establecimiento de tal consecuencia, como en el caso de desatenciones de los menores mínimas y transitorias por un progenitor con el que aquellos tienen un fuerte vínculo afectivo, de modo que la ruptura de las relaciones con él pudiera conllevar graves consecuencias psicológicas para los mismos.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que, dado que la privación de la patria potestad es una medida de *sanción* frente al incumplimiento de los deberes inherentes a ella, dicho incumplimiento ha de ser consciente, voluntario y culpable y serle imputable al progenitor sancionado. Por ello, no habrá de dar lugar a esta privación la falta de atención a esos deberes que no le sea atribuible exclusivamente al progenitor³⁶ o haya

³⁴ «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.»

³⁵ MÚRTULA, *El interés superior del menor...*, op. cit., p. 92.

³⁶ Así, las SSTS (1ª) 555/1996, 6 julio, en que, frente a la alegación por la madre recurrente del incumplimiento por el padre de sus deberes de relación y alimentos para con su hijo, se aprecia que este vivía en ciudad distinta de la residencia de la madre, con quien convivía el menor, lo que «le impedía desarrollar, en condiciones de normalidad, las funciones tuitivas, los deberes y las facultades que la patria potestad entraña», y respecto de los alimentos la madre tenía un importante puesto profesional y «nunca ha reclamado alimentos para el hijo común», a lo que ha de agregarse que el padre inició diversos expedientes de jurisdicción voluntaria para conseguir hacer efectivas facultades integradas en la patria potestad, que no ha logrado debido a la oposición materna que provocó su sobreesimiento, lo que sería «indiciariamente expresivo de una voluntad del padre contraria a la ruptura de las relaciones con su hijo», sin que la falta de comunicación del padre con el hijo «haya obedecido a causas imputables de manera exclusiva al propio padre»; 1127/2003, 27 noviembre, en que la falta de relación del padre con su hija se debió a que la madre se trasladó a otro domicilio con la menor y no facilitó la nueva dirección

para ello motivos subjetivamente válidos³⁷. En tal sentido, se entiende que la imposibilidad del progenitor de ejercer sus deberes inherentes a la patria potestad por estar ingresado en prisión no implica un incumplimiento deliberado o voluntario y por tanto no justifica por sí misma la posibilidad de suspensión o privación de la patria potestad³⁸.

Pero la posibilidad de privación de la patria potestad no es algo recogido exclusivamente en el Código Civil, sino que hay preceptos similares a su artículo 170 en las legislaciones forales, que contemplan una parecida regulación respecto de la patria potestad o la figura jurídica asimilable del respectivo Derecho foral. Así, nos encontramos con una solución análoga en los Derechos forales de Navarra, sobre la *responsabilidad parental* (2ª parte de la ley 75 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, o Fuero Nuevo de Navarra —en adelante, FNNa—)³⁹; Aragón, que

al padre ni a su familia más próxima; o 900/2005, 10 noviembre, en que el padre sufría una situación de precariedad económica que le impedía prestar alimentos a las hijas pero había intentado infructuosamente visitarlas.

³⁷ Así, las SSTs (1ª) 5 octubre 1987, en que la despreocupación externa y formal del padre obedecía a las desavenencias familiares con la esposa y los padres de ésta y a que sabía que el niño estaba debidamente atendido; o 720/2002, 9 julio, en que la falta de relaciones del padre con el hijo se debía a la conducta de obstaculización de la madre, y aquél mostraba una decidida voluntad de afrontar de futuro sus deberes.

³⁸ Así se han pronunciado la STS (1ª) 523/2000, 24 mayo; o las SSAAPP Barcelona (18ª) 10 junio 2002, que muy expresivamente dice que

«la comisión de ilícitos penales ya se castiga con suficiente dureza mediante las sanciones que prevé nuestro Código Penal, encaminadas por cierto a la reinserción del delincuente, pero nunca con la privación de otros derechos civiles que ninguna relación guardan con el delito cometido y que sólo producirían un daño innecesario tanto al progenitor como a su descendiente»;

Cuenca 236/2002, 16 octubre; Madrid (22ª) 606/2018, 6 julio; Málaga (6ª), 896/2019, 15 octubre; y Alicante (9ª) 88/2020, 5 marzo. En cambio, la STS (1ª) 20 enero 1993 estableció la medida de privación de la patria potestad sobre la base del «dato fáctico inconcuso de que desde el internado de un establecimiento penitenciario, no se puede dar cumplimiento al conjunto integral de las facultades de que está investida la patria potestad», y la STS (1ª) 319/2016, 13 de mayo, acordó su suspensión sobre la misma base de la imposibilidad del ejercicio efectivo de la patria potestad. La STS (1ª) 680/2015, 26 noviembre, opta por una posición en cierto modo intermedia, pues confirmó el ejercicio conjunto de la patria potestad al tiempo que suspendía hasta el cumplimiento de la pena el régimen de visitas en favor del padre ingresado en prisión.

Recuérdese en este punto que la mera situación de reclusión penitenciaria del progenitor no excluye necesariamente su derecho de visitas, como pone de manifiesto el que el art. 160.1 CC contemple el modo en que han de realizarse esas visitas en centros penitenciarios, siempre que el interés superior del menor las recomiende, salvo cuando la prisión se haya acordado en procedimiento penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos, supuesto en el que no procederá en ningún caso el establecimiento de ese régimen de visitas (art. 94.V CC).

³⁹ «Cualquiera de los progenitores, o ambos, podrán ser privados por sentencia de la titularidad de la responsabilidad parental, o de alguna de sus facultades, en caso de incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, aun cuando el mismo no suponga el desamparo del menor.

contempla la privación de la *autoridad familiar* (art. 90 del Código del Derecho Foral de Aragón —en lo sucesivo, CDFA—)⁴⁰; o Cataluña, respecto de la privación de la *potestad parental* (art. 236-6 CCC)⁴¹.

4. LA RESTRICCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO MEDIDA PENAL: ANTECEDENTES

Siempre se ha discutido si el Juez penal puede adoptar medidas civiles de restricción de los derechos de los progenitores para con sus hijos, sobre todo en el ámbito de la violencia de género, cuando podría estar tramitándose en paralelo un proceso civil matrimonial sobre separación o divorcio que conllevara esas mismas medidas. Ello era más acusado en relación con la posibilidad de privación o restricción de la patria potestad⁴² derivada de la comisión de los delitos más graves, como en el caso de nuestro estudio, el homicidio.

La privación será efectiva desde que la sentencia sea firme, sin perjuicio de que pueda acordarse su suspensión cautelar.

Los tribunales podrán, en beneficio e interés del menor, acordar la recuperación, total o parcialmente, cuando hubiera cesado la causa que motivó la privación.»

⁴⁰ «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.

2. Los Tribunales podrán, en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación.

3. Este precepto será aplicable a la autoridad familiar de otras personas.»

⁴¹ «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.

2. Existe causa de privación de la potestad parental sobre el menor desamparado si los progenitores, sin un motivo suficiente que lo justifique, no manifiestan interés por el menor o incumplen el régimen de relaciones personales durante seis meses.

3. La privación de la potestad parental debe decretarse en un proceso civil o penal y es efectiva desde que la sentencia deviene firme, sin perjuicio de que pueda acordarse cautelarmente suspender su ejercicio.

4. Están legitimadas para solicitar la privación de la potestad parental las personas a que se refiere el artículo 236-3.2 y, en el caso de los menores desamparados, la entidad pública competente.

5. Si se ha solicitado en la demanda, puede constituirse la tutela ordinaria en el propio procedimiento de privación de potestad parental, previa audiencia de las personas legalmente obligadas a promover su constitución.

6. La privación de la potestad no exime a los progenitores de cumplir la obligación de hacer todo lo que sea necesario para asistir a los hijos ni la de prestarles alimentos en el sentido más amplio.»

⁴² O de otras funciones o cargos tuitivos sobre menores, como contemplan los arts. 55 y 56 CP, tales como la tutela, la curatela (suprimida en el CC respecto de los menores en 2021), la guarda o el acogimiento, así como las figuras análogas contempladas en las legislaciones forales. Para simplificar, haremos referencia principalmente a la patria potestad, pero ha de tenerse en cuenta que lo que digamos es extensible a estas otras funciones.

Los tribunales penales se encontraron inicialmente con importantes limitaciones para ello. En tal sentido, chocaban con el obstáculo de la redacción originaria del artículo 56 del Código Penal —vigente hasta la reforma de dicho Código por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio—, que contemplaba la pena de inhabilitación especial de derechos (incluyendo el ejercicio de la patria potestad), pero limitadamente y con incoherencias en su conjunción con el artículo 55, pues resultaba que la privación de la patria potestad, al no contemplarse en dicho artículo 55 (referente a los delitos más graves), no podía imponerse como pena accesoria respecto de los delitos a los que se atribuían penas de prisión igual o superior a diez años, sino únicamente en relación con las penas de prisión de hasta diez años⁴³, y en todo caso la aplicación de esta pena se subordinaba al cumplimiento de los requisitos que recogía el propio artículo 56: gravedad del delito y relación directa de la patria potestad (derecho del que se privaba al condenado) con el delito cometido. Con ello se llegaba a la paradoja de que ante dos supuestos de delitos con relación directa entre la patria potestad y el hecho cometido (concepto sobre el que nos detendremos después) penados con prisión de diversa duración (menos y más de diez años de prisión), el más leve llevaba aparejado la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y en cambio el más grave no, como ponía de manifiesto el que se podía inhabilitar a un progenitor por lesiones sobre su hijo (y de hecho así se venía haciendo por la jurisprudencia)⁴⁴ mientras que no por tentativas de homicidio o asesinato sobre el propio menor⁴⁵.

Por otra parte, hasta 2010 —cuando se produjo la mencionada reforma del Código Penal—, solo se contemplaba la *inhabilitación especial para el ejercicio* de la patria potestad y no la *privación* de ésta, y además era contemplada como pena principal, lo que planteaba problemas en relación con los delitos en que no aparecía establecida específicamente, como era el caso, precisamente, de los homicidios.

En concreto, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad se contempla como pena principal específica de carácter potestativo únicamente en relación con tres grupos de tipos penales: los delitos contra la libertad e indemnidad

⁴³ RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga, «Privación de la patria potestad y proceso penal. A propósito de la STS, 2ª, 28.4.2006», *InDret*, 1/2007, p. 3.

⁴⁴ En tal sentido, pueden citarse las SSTS (2ª) 1502/2000, 29 septiembre, o 979/2001, 30 de mayo, y también la SAP Alicante (3ª) 742/1998, 2 diciembre.

⁴⁵ RUISÁNCHEZ, «Privación de la patria potestad...», *op. cit.*, p. 9. El art. 149 CP contempla una pena de prisión de seis a doce años, por lo que estaríamos en menos de diez años cuando no sea aplicable el grado superior de la pena. Desde 2003, el art. 149.2 recoge específicamente la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años en el caso de mutilación genital a menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección si el Juez lo estima adecuado al interés de la víctima.

sexuales (art. 192.3), los de incumplimiento de los deberes legales de asistencia (art. 226.2) y los delitos sobre menores de los artículos 229 a 232 (art. 233.1); pero ninguno de ellos era el homicidio o asesinato, siendo esto así hasta 2021 (y desde entonces se contempla solo limitadamente, como veremos). No obstante, el que no aparezca esta pena específicamente en relación con los delitos contra la vida no supone por sí mismo ni que no se pueda imponer ni por el contrario su imposición automática, sino que esa imposición deberá motivarse en cada caso.

Esto hizo que la jurisprudencia penal fuera reacia a adoptar esta medida, aun en los casos en que un progenitor atentaba contra la vida del otro, bien por la duración superior a diez años de la prisión con que se penan los homicidios o asesinatos (y por tanto no poder aplicarse el artículo 56 del Código Penal debido a esa duración, y en cambio no contemplarse esta pena en el artículo 55 ni específicamente para estos delitos)⁴⁶ bien remitiéndose a la vía civil para su posible aplicación⁴⁷, e igualmente se pronunciaron el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la misma Sala de 26 de mayo de 2000 (1º) y la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003; aunque no faltaban algunas resoluciones que, como excepción, mantenían la posición contraria⁴⁸. En cualquier caso, aun cuando pueda afirmarse la posibilidad del establecimiento de esta privación por el tribunal penal, es claro que no cabe imponerla por el mero incumplimiento de los deberes de la patria potestad, decisión que sería propia de la

⁴⁶ Así, por ej., las SSTS (2ª) 780/2000, 11 septiembre; 1471/2000, 2 octubre, que rechaza la imposición de la privación de la potestad por cuanto para el delito de homicidio la ley no la prevé ni como pena ni como medida de seguridad; 1378/2004, 29 noviembre; 596/2006, 28 abril, 815/2006, 13 julio; o 1083/2010, 15 diciembre.

⁴⁷ En ese sentido podemos citar las SSTS (2ª) 1744/1994, 10 octubre; 780/2000, 11 septiembre, que defiende que los tribunales penales no pueden aplicar directamente las normas del Derecho de familia sobre privación de la patria potestad, sin que el art. 170 CC al referirse a la sentencia «dictada en causa criminal» esté atribuyendo a la jurisdicción penal la aplicación de dichas normas civiles; 1471/2000, 2 octubre; 568/2001, 6 julio; 815/2006, 13 julio; 750/2008, 12 noviembre, que nuevamente sostiene que no cabe establecer la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el tribunal penal de las normas del Derecho de familia, en concreto el art. 170 CC; o 1083/2010, 15 diciembre, que defendía que el principio de legalidad penal implica que solo puede adoptarse cuando un determinado precepto penal lo prevea como pena accesoria, lo que —como hemos visto— en ese momento no sucedía en el homicidio, sin que se pueda extender por analogía.

⁴⁸ En ese sentido pueden citarse las SSTS (2ª) 2615/1993, 20 diciembre, que entendió que el art. 170 CC contenía una remisión al Juez penal para que pudiera aplicar las normas civiles; y 61/1997, 15 enero, que consideró correctamente aplicado el art. 170 CC, al privar de la patria potestad sobre una menor al padre que había asesinado a su madre. En ambos casos, se aplicó la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, pese a tratarse de un asesinato, con pena de prisión superior a diez años. Igualmente pueden citarse, en ese sentido de aplicar directamente el art. 170 CC para la privación de la patria potestad, las SSAAPP Barcelona (3ª) 11 abril 2003, respecto de a una condenada por lesiones a su hijo menor; y Madrid (2ª) 562/2004, 27 diciembre, en relación con la autora de un asesinato sobre uno de sus hijos en concurso con incendio.

jurisdicción civil, sino siempre en relación con un delito, ya sea como pena principal o accesoria.

Ello llevaba a que, hasta 2010, en los delitos más graves (como es el caso de los homicidios) se pudieran producir situaciones en que los interesados o el Ministerio Fiscal debían necesariamente iniciar, al margen del proceso penal, un procedimiento civil para obtener la privación de la patria potestad, lo que iba claramente en contra de la economía procesal, al tener que desarrollarse dos procedimientos judiciales derivados de los mismos hechos, y además con la posibilidad de que, dada la relativa lentitud de la jurisdicción civil, cuando el condenado saliera de prisión no se hubiera producido aún una sentencia civil definitiva y pudiera reclamar la restitución del pleno ejercicio de la patria potestad, ya que no había sido privado de ella⁴⁹.

La nueva redacción dada en 2010 a los artículos 55 y 56 del Código Penal ha incluido la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad también en relación con los delitos con pena de prisión igual o superior a diez años, ya no solo respecto de los delitos sancionados con pena de prisión de menor duración, siempre que exista una *relación directa* entre el delito y la función⁵⁰ de la que se priva (en nuestro caso, entre homicidio y patria potestad); y por otra parte se añade a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, como novedad, su *privación* como pena accesoria de la prisión (ya sea inferior, igual o superior a diez años).

Por otra parte, podía apreciarse una línea jurisprudencial asentada favorable a la aplicación de estas penas en los casos en que el autor del delito era el progenitor y el sujeto pasivo un hijo sometido a su patria potestad⁵¹, pero no tanto cuando la víctima del delito no era *directamente* el propio menor sino exclusivamente su madre⁵².

Y aquí es trascendental el papel de la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 568/2015, 30 septiembre, que vino a modificar el criterio anterior, admitiendo por

⁴⁹ MÚRTULA, *El interés superior del menor...*, op. cit., pp. 101-102.

⁵⁰ Estos preceptos se refieren incorrectamente a la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento como «derechos», cuando más propiamente habría que hablar de funciones tuitivas de las que derivan los derechos que serían objeto de privación o restricción, dado que, si bien los que son objeto de restricción son los derechos (como veremos, los deberes se mantienen), la relación no se dará con cada derecho en concreto sino con el conjunto de la función en sí.

⁵¹ Así, por ej., en las SSTs (2ª) 449/2017, 21 junio; 468/2017, 22 junio; 555/2017, 13 julio; 619/2017, 15 septiembre; 663/2017, 10 octubre...

⁵² Así, consideraron que no procedía la privación de la patria potestad de los hijos comunes en un delito de homicidio sobre la cónyuge las SSTs (2ª) 780/2000, 11 septiembre; y 1471/2000, 2 octubre (en una tentativa de homicidio del padre sobre la madre, porque «los hechos de autos nada tuvieron que ver con la niña»).

primera vez la posibilidad de imponer la privación de la patria potestad en la vía penal en relación con los delitos castigados con prisión de diez años o más, si hay relación directa entre el delito y la función tuitiva privada. Esa *relación directa* es así el punto clave que permite la imposición de esta sanción, y —profundizando en las ideas antes apuntadas— se entiende que la misma existirá cuando se produce un intento de asesinato de la pareja del progenitor condenado presenciado por una hija menor⁵³. Como vemos, se contempla expresamente la posibilidad de esta sanción en relación con el asesinato, incluso en grado de tentativa, y que puede adoptarla la propia jurisdicción penal como pena, evitando dilaciones que pueden ocasionar un daño irreparable en el menor. Nos encontramos aquí con un caso idéntico al contemplado en la Sentencia de la misma Sala 780/2000, 11 septiembre, que había rechazado expresamente la posibilidad de imponer la privación de la patria potestad, pero entre ambas se había producido la nueva redacción del artículo 55 del Código Penal, que ha permitido este cambio de orientación, la cual se ha confirmado por otras resoluciones posteriores⁵⁴.

De este modo, la existencia de una relación directa entre el hecho delictivo y la patria potestad o cargo tuitivo objeto de privación o inhabilitación es determinante para la aplicación de esta pena accesoria, por lo que debemos detenernos en el estudio de cuándo puede entenderse que se produce esa *relación directa*.

Podemos considerar que dicha relación directa existirá cuando el delito se cometa con abuso de la función o cargo tuitivos, utilizando incorrectamente los medios a los que el autor tiene acceso o las facultades que le proporciona esa función, y en cambio no se dará cuando el delito no tenga vinculación con dicho cargo⁵⁵, de modo que, como indicó la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 35/2021, 21 enero, «cuando el hecho cometido tenga relación directa con el empleo o cargo público, la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, la pena accesoria pertinente,

⁵³ En tal sentido, declara que «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 presencie el severo intento del padre de asesinar a su madre».

⁵⁴ Así, las SSTs (2ª) 118/2017, 23 febrero («difícilmente es compatible que la persona que ha intentado acabar con la vida de la madre de su hija pueda ser apto para educar y procurar una formación integral a la menor y que situándonos en la hipótesis de que el hecho se hubiera consumado, se habría producido un acto que hubiera implicado dejar a la menor en una situación de desamparo»); 432/2017, 14 junio; 247/2018, 24 mayo; o 452/2019, 8 octubre («ningún derecho puede “ni reclamar ni mantener” sobre los menores el padre que tenía la intención seria y premeditada de dejar a los dos niños sin madre»).

⁵⁵ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, Comentario al artículo 56, *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, dir. por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig y coord. por Guillermo Ramírez Martínez y Gabriel Rogé Such, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 320.

expresando en la sentencia la vinculación, es la de inhabilitación especial relativa al cargo, profesión, etc., que ha sido utilizado por el autor del delito en relación directa con la comisión del mismo, en cuanto que le ha proporcionado la ocasión de cometerlo»⁵⁶. Así, respecto de la patria potestad, concurriría esa relación directa cuando el progenitor se prevalga para la comisión del delito de la posición o facultades que le son atribuidas en virtud de aquella, y no la habría en el hipotético caso de que el delito se hubiera cometido al margen de esa especial posición o facultades⁵⁷ (aunque, como veremos más adelante, la relación directa ha terminado por presumirse *iuris et de iure* en determinados casos, como los de violencia de género o doméstica, y consecuentemente en esos supuestos se ha suprimido el requisito de la relación directa).

CARDENAL MONTRAVETA⁵⁸ ha considerado, respecto de las penas accesorias de inhabilitación especial para cargos, funciones o derechos en general, que esta pena no parece tener un fundamento exclusivamente preventivo-especial, por lo que su imposición se hará sin que se requiera adicionalmente un pronóstico de peligrosidad en relación con el ejercicio del cargo o función objeto de suspensión o inhabilitación, de modo que no sería necesaria para apreciar la existencia de una relación directa la consideración de que en el caso concurre una alta probabilidad de que el condenado pudiera reiterar el delito en caso de continuar en el ejercicio de su cargo o función o, a la inversa, que no existe de haber una improbabilidad de reincidencia⁵⁹. Sin embargo,

⁵⁶ En relación con la inhabilitación para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o derecho en general, se pueden citar también en ese sentido, entre otras, las SSTS (2ª) 117/2003, 20 marzo (inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo federativo al presidente de una federación deportiva condenado por estafa); 479/2005, 15 abril (lesiones producidas usando el arma profesional del policía condenado, pero fuera de servicio y sin relación directa entre el delito y el empleo público); 817/2017, 13 diciembre (abogado que retenía cantidades de su cliente a las que tenía acceso como consecuencia de su relación profesional); 42/2020, 10 febrero (taxista condenado por conducir careciendo de permiso con rntureincidencia); o 87/2021, 3 febrero (abogada que comete un delito de estafa contra su cliente al margen de la relación profesional).

⁵⁷ Así, en las SSTS (2ª) 568/2001, 6 julio, que considera que no procede la imposición de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo cuando el delito de abusos sexuales se cometió sobre otra menor, hijastra sin relación de parentesco con el acusado; o 750/2008, 12 noviembre, que hace lo propio respecto de una hija del acusado por el delito cometido sobre otra hija distinta.

También se ha considerado por algunas sentencias, hasta la reforma de 2021, que los asesinatos, lesiones o amenazas sobre el cónyuge no se relacionaban con la patria potestad, y que por tanto no procedía en esos casos la pena de inhabilitación especial o suspensión de la patria potestad. Así, las SSAAPP Jaén (Secc. 2ª) 66/2006, 17 abril; y Madrid (Secc. 27ª) 19/2006, 19 junio, y 29/2008, 25 septiembre.

⁵⁸ CARDENAL MONTRAVETA, Comentario al artículo 56, *op. cit.*, p. 321.

⁵⁹ En contra, la STS (2ª) 519/2000, 31 de marzo revoca una pena de inhabilitación especial para la profesión médica impuesta a un condenado por receptación, porque no empleó para ello conocimientos

en el caso específico de la suspensión o inhabilitación especial para la patria potestad o cargo tuitivo, también hemos de tener en cuenta que, como veremos, es determinante la consideración del interés superior del menor, por lo que en ocasiones sí que deba valorarse, a efectos de determinar la existencia de una relación directa, si la probabilidad de reincidencia puede determinar que el mantenimiento de la patria potestad vaya en contra del interés superior del menor: así, en la ponderación del interés superior del menor para apreciar si pueden ser mayores para el interés del menor los beneficios derivados de la privación de la patria potestad que los perjuicios derivados de su mantenimiento, un elemento que habrá de considerarse es precisamente la probabilidad de reincidencia en el delito.

El requisito de la relación directa implica que, como declaró la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 314/2017, 3 mayo, respecto de la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo públicos, debe tenerse en cuenta que el alcance de la inhabilitación no se proyecta en concretas o parceladas funciones, sino que su significado mira de modo preferente al conjunto de la función (es decir, la inhabilitación es de la totalidad del cargo tuitivo y no de parte de él), y por tanto consecuentemente debe identificarse la función raíz o la actividad que está en el origen del delito y su relación con el cargo objeto de inhabilitación, no procediendo la inhabilitación como pena accesoria cuando la actividad delictiva suponga un desempeño ocasional⁶⁰. Es decir, la titularidad de la patria potestad debe ser determinante y esencial para la comisión del delito, y no haberse cometido éste en ejercicio de una actividad secundaria no relacionada con aquella titularidad, identificándose por tanto la relación directa con la vinculación esencial entre la actividad o función concurrentes en el origen del delito y la patria potestad o cargo tuitivo. Así, en el homicidio sobre un menor que no sea hijo del autor, y del que por tanto no tenga la patria potestad, no existirá esa relación directa, aun cuando el autor pudiera tener encomendado un cuidado más o menos estable o accidental sobre la víctima (pensemos por ejemplo en el padrastro o el vecino a cuyo cargo queda el menor mientras su progenitor acude a realizar unas gestiones), y por tanto no habilitaría para la privación de la patria potestad sobre sus propios hijos⁶¹, salvo que concurrieran circunstancias que afectaran a estos directamente, como podría ser haberse cometido el delito ante su presencia.

profesionales, sino que «se comportó como lo hubiera hecho cualquiera que hubiera perseguido el mismo fin», de modo que «no constituye un peligro actuando como médico».

⁶⁰ Cfr. SSTS (2ª) 887/2008, 10 diciembre; y 695/2012, 19 septiembre.

⁶¹ Vid. STS (2ª) 568/2001, 6 julio, antes citada, que niega la posibilidad de privación de la patria potestad sobre un hijo biológico del condenado cuando el delito se ha cometido sobre una hijastra (sin parentesco por tanto).

Consecuencias de la requerida vinculación esencial entre cargo o función y delito serán también que la aplicación de la pena accesoria debe haber sido solicitada por alguna de las acusaciones, en virtud del principio acusatorio, ya que la vinculación entre el objeto de la inhabilitación y los hechos punibles debe ser determinada como consecuencia de una sustancial identificación y prueba, lo que les incumbe a las acusaciones, pues solo mediante la descripción de la vinculación y la pretensión explícita de la consecuencia inhabilitante se puede garantizar el derecho del acusado a conocer cuál es la acusación⁶²; y la subsiguiente carga del órgano judicial de justificar la imposición de la inhabilitación, conforme a un criterio de individualización a partir de la evaluación de la gravedad del delito como presupuesto de proporcionalidad, atendiendo a los singulares marcadores de desvalor de acción y resultado revelados en la comisión del delito⁶³.

Visto este esquema derivado de los artículos 55 y 56, no obstante su aplicación práctica ha quedado muy disminuida desde 2021 en relación con la privación de la patria potestad respecto de los casos de violencia de género (homicidio o asesinato de un progenitor contra el otro o filicidio), que constituyen justamente el principal ámbito de aplicación de esta pena, pues estos pasan a contemplarse específicamente en el nuevo artículo 140 bis.2 del Código Penal con importantes diferencias respecto del régimen de los artículos 55 y 56. Efectivamente, esta jurisprudencia iniciada con la Sentencia 568/2015, 30 septiembre, se elevó a criterio legal a través de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, Ley Orgánica 8/2021), que introduce un nuevo apartado 2º en el artículo 140 bis del Código Penal, con el siguiente contenido:

«Si la víctima y quien sea autor de los delitos previstos en los tres artículos precedentes⁶⁴ tuvieran un hijo o hija en común, la autoridad judicial impondrá, respecto de este, la pena de privación de la patria potestad.

La misma pena se impondrá cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren».

⁶² STC 155/2009, 25 junio.

⁶³ HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, Comentario a los artículos 54, 55 y 56, *Comentarios al Código Penal*, dir. por María Luisa Cuerda Arnau, T. I. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 504-505. En cambio, CARDENAL MONTRAVETA (en su Comentario al artículo 56, *op. cit.*, pp. 318-319) considera discutible si, aun existiendo esa relación directa, infringe el principio acusatorio la imposición no solicitada por las acusaciones de la inhabilitación especial o la suspensión, indicando que así lo hicieron las SSTS (2ª) 1633/2001, 18 septiembre, sobre una suspensión de empleo o cargo público a un policía municipal que causó lesiones a una detenida; y 417/2003, 20 marzo, sobre una inhabilitación especial para cargos federativos, por cuanto sería una consecuencia de la pena privativa de libertad impuesta.

⁶⁴ Referentes a los homicidios y asesinatos.

Como vemos, frente a la orientación anterior, en los homicidios o asesinatos de un progenitor contra el otro la privación de la patria potestad ha pasado a ser pena principal preceptiva en vez de accesoria, excluyéndose consecuentemente del ámbito del artículo 55 del Código Penal, que en cambio la contempla como de imposición facultativa por el Juez y subordinada a la justificación de la relación directa del delito cometido con la patria potestad que se priva, requisito que por ello también desaparece en este precepto, y en el caso de filicidios la pena se extiende a la patria potestad sobre los hermanos de la víctima⁶⁵.

Deben distinguirse así, respecto de la inhabilitación para el ejercicio o la privación de la patria potestad por los tribunales penales, tres posibles situaciones:

a. Un primer grupo de delitos respecto de los que aparecen contempladas como penas específicas. Recordemos que entre ellos no estaban hasta 2021 los delitos de homicidio o asesinato, por lo que en relación con ellos debía acudir al régimen general de la pena privativa de derechos (contenido en los arts. 55-56 CP). Desde 2021 solo en los casos de homicidio o asesinato de un progenitor contra el otro o filicidio, como acabamos de ver.

b. Un segundo grupo de delitos respecto de los que la inhabilitación para el ejercicio o la privación de la patria potestad no se establecen como penas específicas y que vienen sancionados con penas de prisión de duración igual o superior a diez años, contemplados en el artículo 55 del Código Penal. En estos casos, además de la inhabilitación absoluta, el precepto establece que el Juez *podrá* imponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, siendo requisito para ello que exista una *relación directa* entre el delito y estas funciones, vinculación que debe quedar determinada expresamente en la sentencia. Por tanto, no es una consecuencia necesaria, sino que se configura como una pena potestativa.

c. Un tercer grupo de delitos respecto de los que la inhabilitación para el ejercicio o la privación de la patria potestad tampoco aparecen recogidas como penas específicas y que vienen sancionados con penas de prisión de duración inferior a diez años, que son objeto del artículo 56.1.3º del Código Penal. En estos, los jueces *impondrán* (aunque

⁶⁵ En la línea de la consolidada jurisprudencia que consideraba aplicable la privación de la patria potestad como pena accesoria en casos en que el menor no era víctima del delito, pero sí resultaba directamente afectado por él, como en las STS (2ª) 568/2015, 30 septiembre; 118/2017, 23 febrero; 477/2017, 26 junio; 247/2018, 24 mayo; o 452/2019. 8 octubre.

«atendiendo a la gravedad del delito») como pena accesoria la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o la privación de la patria potestad, requiriéndose nuevamente la necesidad de una *relación directa* entre el delito y la función objeto de restricción, debiendo determinarse esta vinculación expresamente en la sentencia.

Por tanto, en estos dos últimos casos los tribunales penales podrán aplicar directamente el artículo 170 del Código Civil⁶⁶ o imponer la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio o de privación de la patria potestad, cuya duración, al ser una pena accesoria, se vinculará a la de la pena principal (art. 33.6 CP), sin perjuicio de que —aunque los preceptos penales no lo contemplen expresamente— pudiera recuperarse con anterioridad a ese tiempo en base al artículo 170.2 del Código Civil, en beneficio e interés del hijo, cuando haya cesado la causa que la motivó⁶⁷.

Por otra parte, ha de tenerse presente que, como contempla el artículo 46.III del Código Penal, a efectos de la inhabilitación para su ejercicio (y debe entenderse que también de la privación), por *patria potestad* debe entenderse tanto la recogida en el Código Civil como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas, como la responsabilidad parental navarra⁶⁸, la autoridad familiar aragonesa⁶⁹ o la potestad parental catalana⁷⁰.

Finalmente, además de su consideración como pena propiamente dicha, la *inhabilitación* para el ejercicio de derechos, como en concreto —en lo que ahora nos interesa— el de la patria potestad (pero en cambio no su privación), se podrá imponer conforme al artículo 107 del Código Penal como *medida de seguridad*, para los casos en que el autor de un acto delictivo realizado en abuso de esta función o en relación con ella es declarado exento de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las eximentes de los arts. 20.1º-3º del mismo código⁷¹, pero se mantiene la peligrosidad

⁶⁶ Vid. *supra* la nota 11.

⁶⁷ En el mismo sentido se pronunció el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, de 26 febrero 2009, aptdo. 7.6: aunque «la pérdida de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma (...), ello no implica la prohibición de recuperarla. Por el contrario, la regla general para estos casos es la inversa, tal y como prevé el artículo 170 del Código Civil». Cfr. BACH y GIMENO, *La reforma penal de 2010...*, op. cit., 2010.

⁶⁸ Cfr. leyes 64-77 FNNa.

⁶⁹ Cfr. arts. 63-93 CDFA.

⁷⁰ Cfr. arts. 236-1 a 236-36 CCC.

⁷¹ Que recordemos son:

«1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

del autor porque de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes. Esta medida de seguridad podrá decretarse por un tiempo de uno a cinco años.

5. LA RESTRICCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO MEDIDA PENAL EN SUS DIVERSAS FORMAS

5.1. Inhabilitación y privación de la patria potestad

Venimos estudiando la existencia de diversas formas de restricción más o menos amplia de la patria potestad, y en ese sentido debe distinguirse —aun cuando frecuentemente se confunden— entre dos conceptos que ya hemos mencionado: por una parte, la *inhabilitación* para el ejercicio de la patria potestad y por otra la *privación*. El inhabilitado no está privado de la titularidad de la patria potestad, privación que debe acordarse específicamente. Por otra parte, la privación aparece como pena permanente (pero no definitiva), y la inhabilitación como pena con carácter temporal, de duración limitada, siendo ambas accesorias a la pena de prisión.

La distinción entre ambas aparece recogida en el artículo 46 del Código Penal.

Conforme a dicho precepto, la *privación* implica la «pérdida de la titularidad» de la patria potestad, la extinción de todos los derechos que se contienen en ella, subsistiendo en cambio los deberes derivados (principalmente, los de velar⁷² y alimentos, a los que ya nos referimos) y los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado⁷³, e igualmente se mantendrá la comunicación con el menor si así se establece en la sentencia que establezca el régimen de visitas al considerarlo en interés del menor (art. 160 CC)⁷⁴. Es una extinción *permanente*, si bien no definitiva, porque se produce sin perjuicio de que posteriormente se pudiera recuperar por una nueva declaración judicial en beneficio e interés del hijo cuando hubiere cesado la

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.»

⁷² Por lo que el padre privado de la patria potestad seguirá legitimado —al entrar en la categoría de «cualquier pariente»— para solicitar las medidas de protección del art. 158 CC.

⁷³ RUISÁNCHEZ, «Privación de la patria potestad...», *op. cit.*, p. 7.

⁷⁴ Sobre ello volveremos más adelante. Vid. *infra* la nota 91.

causa que motivó la privación, conforme a lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil, que como dijimos constituye la normativa básica extensiva en la materia y es aplicable por la jurisdicción penal.

La *inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento*, en cambio, priva de los derechos inherentes a la patria potestad, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para ser nombrado para dichos cargos *durante la duración de la condena*. Por tanto, al ser temporal, la sentencia deberá indicar su duración, hasta el máximo correspondiente a cada delito: desde tres meses a veinte años (art. 40.1 CP). De este modo, la inhabilitación –al contrario que la privación– comporta una pérdida *transitoria* o temporal del ejercicio, durante la duración de la condena, pero no su extinción permanente: se limita su ejercicio, sin que se produzca la privación de la misma, por lo que el progenitor condenado la recuperará automáticamente una vez transcurrido el tiempo de su duración; así, es más una suspensión que una extinción⁷⁵.

5.2. La consideración del superior interés del menor en la restricción de la patria potestad

La privación o la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, como toda pena, deben ser proporcionales a la gravedad del hecho, pero –como ya vimos que se mantiene en el ámbito jurisdiccional civil– en este caso debe prescindirse de la voluntad de sancionar la conducta del progenitor como idea principal, pues la gravedad de la conducta ya se tuvo en cuenta en la imposición de la pena principal, y de otro modo se estaría sancionando dos veces un mismo hecho en infracción del principio *non bis in idem*, y ha de relacionarse con la existencia de un incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad pero, sobre todo y especialmente, con el *interés superior del menor*, de modo que, como declara la reciente Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 770/2023, 17 octubre, «debe primar en su imposición, no la voluntad de sancionar al progenitor, sino la apreciación de un daño o de un riesgo probable del mismo para el desarrollo del menor de tal entidad que exija que se adopte esta

⁷⁵ Siguiendo el símil con la propiedad de un inmueble que señala María BOADO OLABARRIETA (en «La privación de la patria potestad como medida penal y civil», *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 47, enero 2019, p. 80), en la privación se produce algo parecido a la pérdida de la titularidad del inmueble pero manteniéndose la obligación de pago de los impuestos y suministros, mientras que en la inhabilitación la situación sería parecida a la de una pérdida temporal del derecho a usar la propiedad, pero no de su titularidad.

medida»⁷⁶, y por tanto ha de centrarse en la apreciación de un daño irreparable o riesgo del mismo para el desarrollo del menor de una entidad suficiente que requiera la adopción de esta medida⁷⁷. Ello supone que la aplicación de la pena no puede realizarse automáticamente: cuando el hecho es muy grave se acordará casi seguramente (así, por ejemplo, en un intento de asesinato del padre a la madre en presencia de la hija común menor⁷⁸), pero se deberá hacer en atención a ese interés superior y no tanto a la gravedad⁷⁹, no procediendo cuando el interés superior del menor así lo requiere o ya está protegido de otro modo.

Así, por ejemplo, pensemos en el hipotético caso del padre que abandonó a sus hijos cuando eran de muy corta edad, siendo criados exclusivamente por su madre (única figura de progenitor que conocen y a la que se encuentran unidos), y reaparece años después creando una situación de maltratos y agresiones sexuales intrafamiliares que desemboca en la causación de su muerte por la madre. Al margen de la posible apreciación de circunstancias eximentes o atenuantes sobre la responsabilidad penal, la consideración de los dos elementos indicados (incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad e interés superior de los menores) entendemos que debería determinar que en este caso no procede la privación de la patria potestad de la madre, puesto que, aunque sí existe una relación directa entre el delito y la posición de progenitora (la autora actúa como madre y por serlo), no lo hace en abuso de su función; la privación a los hijos del otro progenitor (que realmente solo lo era de forma nominal) no implica propiamente un incumplimiento de los deberes de la patria potestad (es más, puede incluso llegar a considerarse que es un caso extremo de protección de los hijos), y en cambio la ruptura del vínculo de los menores con su madre sí puede repercutir muy negativamente sobre ellos en contra de su interés. Por ello, si consideramos que ello debería ser así en el orden civil también debería serlo en el penal, y por esa razón entendemos francamente criticable la generalización indiscriminada en todos los casos que se hace en el artículo 140 bis.2 del Código Penal de la privación de la patria potestad sobre los hijos comunes del autor y la víctima, máxime cuando se establece con carácter preceptivo para el Juez («impondrá») y sin posibilidad de adecuación judicial atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso. Desde luego, en supuestos como este la privación de la patria potestad no parece

⁷⁶ También destacan la preponderancia del criterio protector frente al meramente sancionador, entre otras, las SSTS (2ª) 568/2015, 30 septiembre; 118/2017, 23 febrero; 477/2017, 26 junio; 247/2018, 24 mayo; o 452/2019, 8 octubre.

⁷⁷ RUISÁNCHEZ, «Nota sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal», *InDret*, 2/2009, p. 5.

⁷⁸ Así, las SSTS (2ª) 568/2015, 30 septiembre, que reafirma que «no se trata de una pena cuya imposición sea automática»; 118/2017, 23 febrero (que reitera esa afirmación); o 477/2017, 26 junio.

⁷⁹ Así, las SSTS (2ª) 744/2003, 21 mayo; y 815/2006, 13 julio.

muy justificada por la protección de los intereses del menor afectado, finalidad perseguida por la Ley Orgánica 8/2021, que introdujo este apartado del precepto, puesto que más bien resultaría contraproducente para esos intereses, y quizás quepa abogar por una interpretación finalista *pro reo*.

En la consideración del interés del menor, en especial en los casos en que no ha sido víctima directa del delito, la jurisprudencia penal⁸⁰ ha expresado que ha de tenerse en cuenta la necesidad de una prueba (pericial o de otro tipo) de que la privación sea beneficiosa para el mismo en consideración a los perjuicios que se le pueden derivar de no privarse a su progenitor de la patria potestad, yendo más allá del propio daño psíquico, afectivo o moral que le haya causado el hecho delictivo, pues la privación no los va a paliar o reducir sino que al contrario probablemente podría agravarlos, siendo así necesario que existan elementos probatorios suficientes que lleven a un convencimiento racional de que, respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa, el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor⁸¹, de modo que ante la falta de prueba o si fuera demostrativa de que la privación de la patria potestad al progenitor no va a beneficiar al menor, no podrá aplicarse esta medida.

Esa subordinación de la restricción de la patria potestad a la consideración del papel preponderante del interés superior del menor viene también exigida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸², que destaca igualmente su excepcionalidad.

Por ello, la posible adopción de estas medidas debe analizarse y motivarse en cada caso concreto, sin incurrir en una imposición automática⁸³, y basarse en la existencia de una prueba, pericial o de otro tipo, que constata que la privación de la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor, de modo que en ausencia de dicha prueba (por no existir

⁸⁰ Por ej., las SSTs (2ª) 1083/2010, 15 diciembre; y 452/2019, 8 octubre.

⁸¹ SSTs (2ª) 1378/2004, 29 noviembre; y 1083/2010, 15 diciembre.

⁸² En la que podemos citar entre otras las SSTEDH 7 agosto 1996, *Johansen v. Noruega*, dem. 17383/90; 19 septiembre 2000, *Gnahoré v. Francia*, dem. 40031/98; o 17 julio 2012, *M. D. y otros v. Malta*, dem. 64791/10, que sostienen que «tales medidas únicamente deben aplicarse en circunstancias excepcionales y solo pueden justificarse si están motivadas por una exigencia imperativa relativa al interés superior del niño», pues «en este tipo de casos la consideración de cuál es el interés superior del niño es de crucial importancia» y «el interés del niño debe estar por encima de cualquier consideración». De este modo, como añade la STEDH 28 septiembre 2004, *Sabou y Pircalab v. Rumanía*, dem. 46572/99, «sólo un comportamiento particularmente indigno puede autorizar que a una persona se le prive de su patria potestad en el interés superior del niño».

⁸³ Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS 26 mayo 2000 (1º).

o no ser demostrativa de tal beneficio para el menor) no podría aplicarse esta pena⁸⁴. En todo caso, el beneficio para el menor de esta restricción será claro en los casos en que un progenitor atente contra la vida del otro⁸⁵.

Esta consideración preferente del interés superior del menor determinará la posibilidad de extensión subjetiva de la aplicación de estas penas, que podrán acordarse en relación no solo con los menores directamente implicados, sino también extendiéndolas a todos o algunos de los demás menores a cargo del penado, en función de las circunstancias del caso⁸⁶ (arts. 46.I *in fine* y, desde 2021, 140 bis.2.II CP)⁸⁷, pero siempre que, nuevamente, haya una *relación directa* entre el delito cometido y los hijos respecto de los que se aplicará la privación o inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad⁸⁸, por lo que en la sentencia deberá especificarse necesariamente sobre qué menores concretos recae. Ello hará que en determinados casos, la medida de privación afecte a todos los hijos del penado (no solo a los que han sido sujetos pasivos directos del delito), lo que específicamente se prevé con carácter preceptivo en relación con los casos de filicidios, en que la víctima es hijo o hija del autor (actual art. 140 bis.2.II CP), presumiéndose en estos casos por tanto *iuris et de iure* que es esa la solución más ajustada al interés superior del menor.

6. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE CARGOS TUITIVOS

Los efectos de la privación de la patria potestad dependerán del ámbito de sujetos sobre los que se establece: si afecta a ambos progenitores, determinará el sometimiento del menor a tutela o en su caso la constitución de la adopción; y si afecta solo a uno (como sucederá normalmente en el caso de los delitos que estamos estudiando), determinará la pérdida de la titularidad del progenitor privado, lo que implica que el mismo no intervendrá en la educación de sus hijos ni en la administración de sus bienes, ni tendrá su custodia ni su representación legal, que

⁸⁴ SSTS (2ª) 1083/2010, 15 diciembre; y 452/2019, 8 octubre.

⁸⁵ Circular de la FGE 6/2011, 2 noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

⁸⁶ Circular de la FGE 6/2011, cit., que lo atribuye a la Circular de la FGE 4/2003, 30 diciembre, si bien realmente esta última no recoge esa declaración.

⁸⁷ Con esta declaración legal se supera la posición jurisprudencial anterior que consideraba que no procedía la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de un hijo cuando el delito se había cometido respecto a otro menor, mantenida por ej. por la STS (2ª) 568/2001, 6 julio (en contra, la STS de la misma Sala 1069/2012, 2 diciembre, respecto de la extensión horizontal en cuanto a un condenado por abusos sexuales sobre la hija de su cónyuge) o las SSAAPP Alicante (7ª) 574/2001, 21 noviembre, y Sevilla (1ª) 12/2002, 10 enero.

⁸⁸ Vid las resoluciones citadas *supra* en la nota 57.

pasarán a ostentarse en exclusiva por el otro progenitor (art. 156.IV CC)⁸⁹. No obstante, dado que se mantendrán sus deberes, en especial el de velar por los hijos menores y a prestarles alimentos *aunque no ostente la patria potestad* (art. 110 CC), podrá recabar información sobre la educación, salud y desarrollo del menor, pero sin interferir en el ejercicio exclusivo de la patria potestad por el otro progenitor, por lo que únicamente podrá realizar un control *a posteriori* de las decisiones concretas del progenitor titular de la patria potestad, pudiendo solicitar —como pariente del menor— las medidas que estime oportunas para proteger la persona o el patrimonio de aquel, de entre las previstas en el artículo 158 del Código Civil⁹⁰.

También se mantendrán, dado que no dependen de la patria potestad sino de la filiación, que no resulta afectada, los apellidos del menor o tutelado, su nacionalidad y su vecindad civil.

Por otra parte, los menores mantendrán igualmente el derecho de relacionarse con los progenitores que no ejerzan la patria potestad⁹¹, salvo que se establezca otra cosa por la resolución judicial o la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores en los casos del artículo 161 del Código Civil⁹² (art. 160.1 CC), por lo que cabe entender que los progenitores también tendrán ese derecho de relación o de visitas con sus hijos menores aunque no ejerzan la patria potestad, valorable por el Juez en atención a las circunstancias concurrentes y teniendo siempre presente el superior interés del menor⁹³. En el caso de privación de la patria

⁸⁹ MÚRTULA, *El interés superior del menor...*, *op. cit.*, pp. 109-110.

⁹⁰ RUISÁNCHEZ, *La privación de la patria potestad*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 167-168; MÚRTULA, *El interés superior del menor...*, *op. cit.*, pp. 110-111.

⁹¹ Es más, tal derecho de relación de los menores con sus progenitores existirá incluso en el caso de que aquellos estén privados de libertad, y en estos casos el art. 160.1.I *in fine* establece que

«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 que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor».

⁹² Precepto que establece que dicha Entidad Pública regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

⁹³ Así, la STS (2ª) 621/2015, 9 noviembre, y ya antes las SSTs (1ª) 30 abril 1991, 720/2002, 9 julio; y 653/2004, 12 julio; o recientemente la 625/2022, 26 septiembre. No obstante, como hemos señalado, la sentencia o la Entidad Pública (en los casos del art. 161 CC) podrán excluir el derecho de visitas, y ZURITA («La privación de la patria potestad...», *op. cit.*, p. 869, nota 7) considera, con base en la SAP Lérida 18 febrero 1993, que habrá que tener siempre en cuenta las circunstancias del caso y la causa de privación (en este caso, el abandono y la lejanía persistentemente mantenida por el padre hacia los hijos desde su más temprana edad) para determinar la existencia de un régimen de visitas, si bien la *privación* de la

potestad en sentencia penal, ha de tenerse en cuenta que, frente a la cláusula general de preservación de los derechos de los menores frente a su progenitor que existía con anterioridad a la Ley Orgánica 8/2021, desde su reforma del artículo 46 del Código Penal será el Juez quien precise los derechos concretos del menor o persona con discapacidad que subsistirán frente al progenitor condenado⁹⁴.

Otras consecuencias derivadas de la pérdida de la patria potestad serán el que es causa de desheredación al progenitor (art. 854.1ª CC)⁹⁵, de indignidad para suceder (art. 756.1º y 2º.III CC) y de pérdida del derecho de alimentos del progenitor respecto de su hijo (art. 152.4º CC). También, el progenitor privado de esta función quedará inhabilitado para ser tutor (art. 216.1º CC) o, de serlo actualmente, deberá ser removido (art. 223 en relación con el 278 CC). Y tampoco podrá adoptar, en la medida en que no podrá ser considerado como idóneo para ello (art. 176.3.III CC), y a la inversa ni siquiera será oído en el posible procedimiento de adopción de su hijo (art. 177.3.1º CC).

En todo caso, como ya indicamos anteriormente, ha de tenerse en cuenta que la inhabilitación o privación restringen temporal o permanentemente los *derechos* del progenitor frente al menor pero no afecta a sus *deberes* para con él, pues el artículo 110 del Código Civil establece que «*aunque no ostenten la patria potestad, ambos progenitores están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*» y el 111 del mismo código –de modo similar– que, aun en los casos de exclusión de la patria potestad, «*quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos*». Por tanto, la restricción total o parcial de la patria potestad no afectará a la continuación de los deberes de vela, cuidado y prestación de alimentos de los progenitores para con sus hijos menores, que se mantendrán, aunque por supuesto

patria potestad debería llevar implícita la exclusión del derecho de visitas. En parecido sentido se orienta también la STS (1ª) 998/2004, 11 octubre: la privación de la patria potestad acordada «debe llevar a denegarle el ejercicio de cualquier derecho de visita a la hija, incongruente con su actitud de desinterés hacia ella, cuyo derecho a relacionarse con la menor sólo está justificado por el bien que a ésta pudiera reportar, no estimándose en absoluto beneficiosa en las actuales circunstancias esa relación». Por tanto, en conclusión, podemos entender que, si bien la privación o la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad no determinarán necesariamente la exclusión del derecho de visitas, pudiendo establecerse en la sentencia su mantenimiento en interés de los menores, en la mayoría de las ocasiones la entidad de las causas que han determinado aquéllas provocarán que la correspondiente resolución judicial sí lo excluya.

⁹⁴ HERNÁNDEZ GARCÍA, Comentario al art. 46, *Comentarios al Código Penal*, dir. por María Luisa Cuerda Arnau, T. I. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 470.

⁹⁵ También el atentar un progenitor contra el otro (que, como veremos, dará lugar en principio a la pena accesoria de privación de la patria potestad) es causa de desheredación si no ha habido reconciliación entre ellos (art. 854.3ª CC).

adaptados a la nueva situación (así, por ejemplo, no podrán pretender prestarles alimentos a través del alojamiento en la propia vivienda: art. 149.II CC⁹⁶).

En cuanto a las otras instituciones de protección de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (tutela, curatela, guarda o acogimiento, e instituciones similares de los Derechos forales), como vimos, a diferencia de lo que sucede con la patria potestad no se prevé una privación sino solo la inhabilitación especial para su ejercicio, que determinará, en los términos del artículo 46.1 del Código Penal, tanto la extinción de la institución (es decir, la revocación automática del nombramiento de la persona que ejerce el cargo tuitivo) como la imposibilidad —por el tiempo de duración de la condena— de acceso a una nueva designación para un cargo tuitivo⁹⁷, y ello, en función de lo que se acuerde en la correspondiente resolución judicial, respecto de todas o de algunas de las personas que estén a cargo del condenado.

Respecto de la incapacidad para obtener el nombramiento para dichos cargos, se plantea si la misma se referiría solo al cargo concreto ostentado por el condenado en ese momento o abarcaría a todos los cargos tuitivos (es decir, si un tutor inhabilitado lo es solo para la tutela o también por ejemplo para la curatela), ante lo cual cabe entender que supondría una inhabilitación para *todos ellos*⁹⁸, como resultaría del uso del plural (*dichos cargos*); de la inclusión en el artículo 46.1 del Código Penal como un solo bloque tanto de la patria potestad como de los cargos tuitivos subsidiarios de aquella, que además están todos presididos por el mismo espíritu protector de los menores y personas con discapacidad necesitadas de protección; y de que además, en el ámbito estrictamente civil, se establece la exclusión de la posibilidad de nombramiento como tutor de «quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela» (art. 217.2º CC), y como curador de «quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección» o «hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior» (art. 275.2.2º-3ª CC) y de los condenados «por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la

⁹⁶ Vid. JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes», *Anuario de Derecho Civil*, T. LIX-II, abril-junio 2006, pp. 778-780; y «Una revisitación, ante las situaciones de necesidad de los niños, de una institución ya centenaria: la obligación de alimentos», *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, coord. por Carlos Villagrana Alcaide e Isaac Ravetllat Ballesté, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 920-921.

⁹⁷ SANTANA, «La reforma...», *op. cit.*, p. 160.

⁹⁸ SANTANA, «La reforma...», *op. cit.*, pp. 160-161.

curatela» (art. 275.3.1º CC), lo que determinará que tampoco quepa en las demás figuras tuitivas, dada la aplicación general supletoria de estas normas.

Finalmente, como efecto adicional a la privación o inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad o de los cargos tuitivos, se inscribirán en el Registro Civil, en los registros individuales tanto del menor como de su progenitor en el caso de la patria potestad (art. 71.2-3 de la Ley del Registro Civil), si bien teniendo en cuenta que las causas de suspensión o privación de la patria potestad son datos especialmente protegidos (art. 83.1.e) de dicha Ley), y en el registro individual del menor o persona con discapacidad en el caso de los cargos tuitivos (arts. 4.11º y 13ª y 5.3 de la misma Ley, en cuanto que su existencia —y consecuentemente su extinción— constituye un hecho inscribible en el Registro Civil). En caso de adoptarse la medida en un procedimiento penal, el Juez deberá comunicarla de inmediato a la Entidad pública de protección de los menores y al Ministerio Fiscal (DA 2ª.II CP), a fin de conseguir la adecuada coordinación entre los órganos jurisdiccionales penal y civil y las instituciones administrativas de protección.

7. LA EXCLUSIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Respecto de la guardia y custodia de los menores no emancipados, la concepción tradicional mantenía que si los progenitores vivían separados debía residenciarse únicamente en la madre (lo que se acordaba judicialmente con más frecuencia), el padre o bien una tercera persona (como los abuelos), pero nunca compartida entre varios de ellos⁹⁹. Sin embargo, posteriormente se fue abriendo en la doctrina y jurisprudencia¹⁰⁰ la posibilidad de establecer varios sistemas de guarda compartida, que venía siendo reclamada por diversas asociaciones y grupos, y por fin fue

⁹⁹ Así, en los arts. 70 y 73 CC originarios, y 159 y 92 CC tras las reformas de 1981.

¹⁰⁰ Vid. en ese sentido CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, «La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales», *Aranzadi Civil*, Nº 3/2004, pp. 2479-2512. En cambio, en contra de la custodia compartida se manifestó CARRASCO PERERA, Ángel, «Custodia compartida», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 648, 2004.

consagrada legalmente en el Código Civil en 2005¹⁰¹ y consolidada después por la jurisprudencial¹⁰².

Con la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, será cuando se introduzca en este código el concepto de custodia compartida. Actualmente, se contempla como modo de organización de la guarda y custodia de los menores en los casos en que así se acuerde por los cónyuges en convenio regulador¹⁰³ o lleguen a este acuerdo en el curso del procedimiento (art. 92.5 CC), aunque el Juez también podrá acordarla excepcionalmente a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, cuando solo de esta forma se pueda proteger adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.8 CC).

No obstante, se prohíbe esta posibilidad en los casos en que uno de los progenitores está *incurso en un proceso penal* por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, haya indicios fundados de violencia doméstica o de género o malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas (art. 92.7 CC; en su redacción vigente desde 2022). Por tanto, en relación con el objeto de nuestro estudio, la guarda y custodia compartida quedará excluida en caso de que cualquiera de los progenitores esté sometido a procesamiento penal por tentativa de homicidio o asesinato contra el otro (obviamente, de igual modo, y con mayor motivo, en caso de delito consumado), pero también cabe entender que quedaría excluida la atribución de la guarda y custodia individual al encausado¹⁰⁴.

¹⁰¹ También se estableció en 2010 en Aragón (Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres; integrada posteriormente en el CDFa), y en 2011 en Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia), Navarra (Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres; integrada luego en el FNNa por la Ley Foral 21/2019) y Valencia (Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, luego declarada inconstitucional por la STC 192/2016, 16 noviembre). Seguidamente estudiaremos en el texto las legislaciones navarra, aragonesa y catalana.

¹⁰² Establecida principalmente por las SSTs (1ª) 614/2009, 28 septiembre; 623/2009, 8 octubre; 962/2010, 10 marzo; 963/2010, 11 marzo, y 496/2011, 7 julio (todas ellas de la ponente Roca Trías), que vienen a establecer los criterios de atribución de la custodia compartida alternativa. Vid. al respecto GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009», *InDret*, 3/2010, julio 2010, pp. 11-21.

¹⁰³ Debe entenderse también aplicable a los progenitores no casados.

¹⁰⁴ En tal sentido se pronuncia la Circular de la FGE 6/2011.

En todo caso, hubiera sido recomendable que se hubiera concretado más esa ambigua expresión de estar *incurso en un proceso penal* para la exclusión de la guarda y custodia al progenitor, como sí hacen los Derechos forales con regulación en este punto. Así, podemos entender que, al adoptarse en defensa del superior interés del menor pero con respeto a los derechos del progenitor afectado, para la adopción de esa medida deberán existir ya indicios objetivos de criminalidad declarados en una resolución judicial penal, sin ser suficiente con una simple denuncia¹⁰⁵, e igualmente, por otra parte, la resolución judicial civil que por este motivo establezca la exclusión de un progenitor en la guarda y custodia será revisable en caso de producirse una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre o provisional¹⁰⁶ respecto del delito imputado¹⁰⁷.

Como decimos, también en los Derechos forales se contempla la admisión de la posibilidad de establecimiento de una guarda y custodia compartida, pero excluyéndola cuando concurren similares circunstancias.

Así, en el Derecho foral navarro, la ley 71 del Fuero Nuevo de Navarra contempla la posibilidad de que el Juez acuerde la modalidad de guarda más conveniente para el concreto interés de cada uno de los menores, ya sea esta compartida entre ambos progenitores o individual de uno de ellos, teniendo en cuenta la solicitud y las propuestas de planificación de la responsabilidad parental que haya presentado cada uno de los progenitores y, en su caso, los informes periciales; oirá al Ministerio Fiscal y a las personas cuya opinión sobre los menores estime necesario recabar; y sopesará la concurrencia de determinados factores (edad y arraigo social y familiar de los hijos, aptitud de los progenitores, opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos...).

No obstante, la ley 71.VII-X del Fuero Nuevo excluye la guarda y custodia compartida (y también, con una expresión más clara que la del Código Civil, la individual) cuando el progenitor a quien se vaya atribuir esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, al igual que cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas

¹⁰⁵ Circular FGE 6/2011, con base en la legislación foral que mencionaremos posteriormente.

¹⁰⁶ Contemplados respectivamente en los arts. 637 y 641 LECr.

¹⁰⁷ Circular de la FGE 6/2011.

practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. No obstante, las medidas adoptadas serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se pueda dictar al respecto en la jurisdicción penal.

En todo caso, la ley 71.X del Fuero Nuevo especifica que la mera denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos. Como vemos, en el Derecho navarro será precisa la existencia de un auto de procesamiento¹⁰⁸ o —cuando pueda proceder el procedimiento abreviado¹⁰⁹— auto de transformación o apertura del procedimiento¹¹⁰ en el que ya aparezca constatada la existencia de indicios fundados y racionales de criminalidad, sin que baste con una simple denuncia o el mero inicio de un procedimiento penal contra el progenitor.

En el Derecho foral aragonés (art. 80 CDFA), la guarda y custodia compartida se contempla en igualdad de condiciones con la ejercida individualmente por un solo progenitor, pudiendo ser solicitada por cada uno de ellos por separado o por ambos de común acuerdo, y el Juez la determinará atendiendo al interés de los hijos menores, al plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y a la de determinados factores (coincidentes prácticamente con los contemplados en la ley 71 FNNa), y sin que la objeción a la custodia compartida realizada por uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual sea base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.

Sin embargo, el artículo 80.6 del Código de Derecho Foral de Aragón, de modo similar a lo contemplado en el Derecho navarro, también contempla la exclusión de la guarda y custodia, tanto individual como compartida, cuando el progenitor a quien se vaya a atribuir esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Al ser necesario un

¹⁰⁸ Art. 384 LECr.

¹⁰⁹ Por no corresponder un proceso especial y ser la pena prevista la de privación de libertad no superior a nueve años u otra de otro tipo (art. 757 LECr). Sería por ejemplo, entre otros, el caso de un homicidio en grado de tentativa (art. 62, en relación con el 138.1, CP) o en que concurren varias atenuantes o una muy cualificada (art. 66.1.2ª, en relación con el 138.1, CP).

¹¹⁰ Art. 779.1.4ª LECr.

auto de procesamiento o de apertura del procedimiento abreviado, como resolución judicial en la que ya aparezca constatada la existencia de indicios fundados y racionales de criminalidad, tampoco en el Derecho aragonés será suficiente con el mero inicio de un procedimiento penal contra el progenitor, ni tampoco —aunque aquí, a diferencia de en el Derecho navarro, no se contemple específicamente— una simple denuncia.

Finalmente, en el Derecho Civil catalán la guarda y custodia compartida se recoge como la regla general a seguir por el Juez en su determinación sobre la forma de ejercer la guarda cuando no hay acuerdo de los progenitores concretado en un plan de parentalidad o este no se ha aprobado («ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales»), pero también podrá disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo (art. 233-10.2 CCC), o incluso excepcionalmente puede encomendarla a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental (art. 233-10-4 CCC).

Igualmente, en interés de los hijos, se excluye la posibilidad de atribución de la guarda al progenitor así como de establecimiento de un régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, cuando haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista, al igual que mientras se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal (art. 233-11.3 CCC). Como vemos, el Derecho catalán presenta la novedad de contemplar específicamente la exclusión de la guarda compartida, más allá del procesamiento, cuando el progenitor está en prisión por los delitos de referencia y mientras dure la responsabilidad penal, posibilidad que no obstante podemos entender existente tanto en el Derecho común como en los Derechos forales navarro y aragonés, por cuanto el procesamiento ya determinará la exclusión de la naturaleza compartida de la guarda y custodia y es una fase previa a la prisión y además la determinación judicial de la modalidad de guarda es revisable posteriormente.

8. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Finalizaremos haciendo referencia específica a las situaciones de violencia de género.

8.1. *Violencia de género y restricción de la patria potestad*

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, modificó la Ley Orgánica 1/2004, estableciendo una normativa específica referente a los efectos personales para los casos de violencia de género. A raíz de esta reforma, el artículo 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004 viene a establecer que, en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género el Juez deberá pronunciarse *en todo caso*, e incluso de oficio¹¹¹, sobre las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en el Capítulo IV de la propia Ley y especialmente las recogidas en los arts. 64 a 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y las medidas complementarias que fueran precisas.

De esta forma, el Juez de violencia contra la mujer habrá de pronunciarse, entre otros cuestiones y por lo que nos interesa aquí, sobre la procedencia de la suspensión del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho sobre los menores que dependan del inculpado por violencia de género, o bien —en caso de no acordarse su suspensión— sobre la forma en cómo se ejercerán, adoptando en todo caso las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizando un seguimiento periódico de su evolución (art. 65 LOMPIVG).

Igualmente, conforme al artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004, el Juez deberá acordar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género con los menores que dependan del inculpado o cómo se ejercerán, si bien también podrá no hacerlo en interés superior del menor, en cuyo caso deberá pronunciarse sobre cómo se ejercerá y el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. En todo caso, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, a través de servicios de atención especializada, y realizará un seguimiento periódico de su evolución, en coordinación con dichos servicios.

Una previsión específica de estas medidas cautelares se contempla también en el marco de la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica recogida en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que ya hicimos referencia con anterioridad.

¹¹¹ Además, la legitimación para instar estas medidas se atribuye a las víctimas, los hijos, las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, el Ministerio Fiscal y la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida.

Similar regulación sobre el régimen de visitas se incorporó al Código Civil en 2021, cuando su artículo 94.IV pasó a determinar que el Juez no podrá establecer un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos, o cuando advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género; ni, con mayor razón, cuando dicho progenitor se halle en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por esos delitos (art. 94.V CC)¹¹². Por tanto, al margen de que el Juez de violencia contra la mujer pueda adoptar estas medidas, el Juez civil podrá acordarlas, por ejemplo, ante la previsión de un régimen de visitas contenido en el convenio regulador presentado a su homologación o a la solicitud en tal sentido realizada por el inculpado. Con ello se completa la regulación referente a la guarda y custodia contenida en el artículo 92.7 del Código Civil, a la que ya nos referimos con anterioridad. De este modo, el inicio de un proceso penal contra un progenitor por atentar contra la vida de su cónyuge o hijos (delito que nos interesa en este estudio) determinará la suspensión de toda visita o estancia y de todo régimen de guarda y custodia en su favor y la imposibilidad de su establecimiento.

No obstante, el inciso final del artículo 94.IV contempla que, salvo en los supuestos de prisión del progenitor (observemos que el art. 94.V dice «no procederá *en ningún caso* el establecimiento de un régimen de visitas» mientras dure la situación de prisión), la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del hijo menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

Por tanto, como recapitulación de lo visto, salvo que ya haya medidas adoptadas en el proceso civil de familia, será el propio Juez penal de violencia contra la mujer quien adoptará las medidas civiles, en defecto del Juez civil y siempre en beneficio e interés del hijo, y podrá:

¹¹² Recordemos que el art. 160.1 CC contempla la posibilidad de visitas de los menores a sus progenitores en situación de privación de libertad, siempre que el interés superior del menor recomiende estas visitas, estableciéndose que la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario. En el caso contemplado en el art. 94.V esa posibilidad se excluye.

- a) Privar de la patria potestad al progenitor maltratador, conforme al artículo 170 del Código Civil.
- b) Suspender al inculpado en el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, en virtud del artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004.
- c) Suspenderle en el régimen de relación con el menor, suprimiendo toda visita o estancia, aplicando el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004. Ello sucederá especialmente en el caso de que el progenitor se halle en prisión por estos hechos.

8.2. La introducción de la suspensión de la patria potestad

Como hemos visto, la reforma de la Ley Orgánica 1/2004 en 2015 introduce un nuevo concepto: la *suspensión* del ejercicio de la patria potestad.

La suspensión de la patria potestad había desaparecido del Código Civil a raíz de su reforma por la Ley 11/1981, pasándose a hablar exclusivamente de privación, y solo se contempló desde 1996 como efecto de la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública a consecuencia de la declaración de desamparo, en el artículo 172.III del Código Civil.

El nuevo artículo 65 pasa a contemplar la posibilidad de suspensión, entre otras relaciones, del ejercicio de la patria potestad. Esta suspensión no afectaría a la titularidad de la patria potestad, sino que solo sería una restricción del ejercicio, y así desde 2015 el Juez de violencia sobre la mujer puede suspender al encausado en el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia sobre el hijo o en sus relaciones con el menor, excluyéndole cautelar y temporalmente en el ejercicio de todo o parte de esta.

Como podemos apreciar, a diferencia de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad o su privación, que se establecen como penas principales específicas en relación con determinados tipos penales (ya vimos que fundamentalmente los encuadrados en la violencia de género) o accesorias de aplicación facultativa (arts. 55 y 56 CP), la suspensión se configura como medida cautelar, que se podrá adoptar en el marco de una orden de protección cuando no exista una resolución judicial civil previa y con una vigencia de treinta días que se extenderán por otros treinta si se hubiera iniciado un proceso de familia (art. 544 ter LECr), o en el ámbito de los artículos 544

quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 61 y siguientes de la Ley Orgánica 1/2004 o 518 del Código Civil, que no tienen ninguna de esas dos limitaciones¹¹³.

CONCLUSIONES

El homicidio, como los otros tipos penales, conlleva una serie de consecuencias sancionatorias, entre las que pueden distinguirse unas propiamente penales y que se traducen en la privación de libertad o de otros derechos; y otras de tipo civil, dentro de las que entrarían tanto los efectos de naturaleza patrimonial como los efectos de tipo personal, que implican la imposición *ex lege* de un perjuicio a la persona del penado, fundamentalmente en relación con su vida familiar, entre los que podemos citar la inhabilitación para el ejercicio o la privación o suspensión de la patria potestad o de otras funciones tuitivas sobre los hijos menores, de la guarda y custodia o del derecho de visitas a esos menores, la imposibilidad de acordar la guarda y custodia compartida, la consideración negativa de la aptitud del autor para ser tutor o curador..., que estarían contenidas en la propia sentencia penal o como efecto civil de la misma.

La patria potestad implica una función constituida por un conjunto de deberes y facultades de los progenitores para con sus hijos no emancipados, atribuido legalmente a aquellos por el mero hecho de la filiación, que conlleva un deber de velar por el interés de los menores y que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, como un aspecto más de principio del superior interés del menor, por lo que cuando no se cumple debidamente se puede proceder judicialmente a su suspensión o privación y en base a ese incumplimiento.

El Código Civil viene recogiendo desde 1981 la posibilidad de privación judicial total o parcial de la patria potestad en sentencia basada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (proceso civil) o dictada en causa criminal o matrimonial. En ese sentido, permite que el Juez penal resuelva sobre la privación de la patria potestad sin necesidad de remitirse a lo que se decida en el proceso civil. Fundamentalmente, la causa que dará origen a la privación de la patria potestad será un incumplimiento de los deberes paternofiliales, como medida de protección de los hijos: en los casos de tentativa o consumación de un homicidio del progenitor sobre el hijo no emancipado o entre los progenitores (en que el menor será víctima indirecta), nos encontraríamos ante un incumplimiento grave de los deberes paternofiliales que daría lugar a la privación de la patria potestad.

¹¹³ BOADO, «La privación...», *op. cit.*, pp. 69-77.

La privación es así una medida de sanción frente al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, pero junto a ese aspecto sancionatorio debe atenderse sobre todo al interés superior del menor y como medida de protección del mismo. Por tanto, los tribunales establecen la privación de la patria potestad de los hijos en los casos de asesinato (o tentativa) de un progenitor por el otro, pues en ellos es claro tanto el incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad como la protección del interés superior de los hijos con tal medida.

Siempre se ha discutido si en el proceso penal el Juez podía adoptar medidas civiles de restricción de los derechos de los progenitores para con sus hijos, destacadamente en relación con la posibilidad de privación o restricción de la patria potestad derivada de la comisión de los delitos más graves como, en el caso de nuestro estudio, el homicidio. Sin embargo, los tribunales penales se encontraron inicialmente con importantes limitaciones, chocando con el obstáculo de la redacción originaria del artículo 56 del Código Penal, que contemplaba la pena de inhabilitación especial de derechos (incluyendo el ejercicio de la patria potestad), pero limitadamente y con incoherencias en conjunción con el artículo 55, pues la privación de la patria potestad, al no estar recogida en el artículo 55, no podía imponerse como pena accesoria respecto de los delitos a los que se atribuían penas de prisión igual o superior a diez años, y en todo caso subordinada al cumplimiento de los requisitos de gravedad del delito y relación directa de la patria potestad (derecho del que se privaba al condenado) con el delito cometido. Por otra parte, solo se contemplaba la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y no su privación, y además como pena principal, lo que planteaba problemas en relación con los delitos en que no aparecía establecida específicamente, como era el caso, precisamente, de los homicidios. Esto hizo que la jurisprudencia penal fuera reacia a adoptar esta medida.

La nueva redacción dada en 2010 a los artículos 55 y 56 del Código Penal incluyó la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad también en relación con los delitos con pena de prisión igual o superior a diez años, siempre que exista una relación directa entre el delito y el derecho del que se priva (en nuestro caso, entre homicidio y patria potestad); y por otra parte se añade a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, como novedad, su privación, como pena accesoria de la prisión. En este punto, es trascendental la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 568/2015, 30 septiembre, que vino a modificar el criterio anterior, admitiendo por primera vez la posibilidad de imponer la privación de la patria potestad en la vía penal en relación con los delitos castigados con prisión de diez años o más, si hay relación directa entre el delito y la función tuitiva objeto de privación, punto clave que permite la imposición de

esta sanción. Finalmente, esta jurisprudencia se ha elevado a criterio legal a través de la Ley Orgánica 8/2021: en los homicidios o asesinatos de un progenitor contra el otro la privación de la patria potestad ha pasado a ser preceptiva, y en el caso de filicidios la pena se extiende a la patria potestad sobre los hermanos de la víctima.

Respecto de la patria potestad, esa relación directa en principio existirá cuando, para la comisión del delito, el progenitor se prevalga de la posición o facultades que le son atribuidas en virtud de aquella, y no la habrá en el hipotético caso de que el delito se hubiera cometido al margen de esa especial posición o facultades.

Dentro de las formas de restricción de la patria potestad, debe distinguirse entre la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y la privación: esta segunda implica la extinción de todos los derechos que se contienen en ella, subsistiendo los deberes, mientras que la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, en cambio, priva de los derechos inherentes a la patria potestad, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para ser nombrado para dichos cargos durante la duración de la condena, y por tanto, al ser temporal, la sentencia deberá indicar su duración, hasta el máximo correspondiente a cada delito.

En todo caso, la privación o inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, como toda pena, debe ser proporcional a la gravedad del hecho, pero debe prescindirse de la voluntad de sancionar la conducta del progenitor como idea principal y ha de relacionarse, sobre todo y especialmente, con el interés superior del menor. Esta consideración preferente del interés superior del menor determinará la posibilidad de extensión subjetiva de la aplicación de estas penas, que podrán acordarse en relación no solo con los menores directamente implicados, sino también se pueden extender a todos o algunos de los demás menores a cargo del penado.

Los efectos de la privación de la patria potestad dependerán del ámbito de sujetos sobre los que se establece: si afecta a ambos progenitores, determinará el sometimiento del menor a tutela o en su caso la constitución de la adopción; y si afecta solo a uno (como sucederá normalmente en el caso de los delitos que estamos estudiando), la pérdida de la titularidad del progenitor privado. Los menores mantendrán el derecho de relacionarse con los progenitores que no ejerzan la patria potestad, salvo que se establezca otra cosa por la resolución judicial o la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores, por lo que cabe entender que los progenitores también tendrán ese derecho de relación con sus hijos menores aunque no ejerzan la patria potestad, valorable por

el Juez en atención a las circunstancias concurrentes y teniendo siempre presente el superior interés del menor. Otras consecuencias derivadas de la pérdida de la patria potestad serán el que esa pérdida es causa de desheredación al progenitor, de indignidad para suceder y de pérdida del derecho de alimentos del progenitor respecto de su hijo, así como que el progenitor privado de esta función quedará inhabilitado para ser tutor y tampoco podrá adoptar y a la inversa ni siquiera será oído en caso de adopción de su hijo.

En cuanto a las otras instituciones tuitivas, la inhabilitación para su ejercicio provocará tanto la extinción de la institución como la imposibilidad de acceso a una nueva designación para un cargo tuitivo.

La guarda y custodia compartida de los menores actualmente se contempla como modo de organización en los casos en que así se acuerde por los cónyuges en convenio regulador o en el curso del procedimiento, aunque el Juez también podrá acordarla excepcionalmente a instancia de una de las partes. No obstante, entre otras causas, se excluirá en caso de que cualquiera de los progenitores esté sometido a procesamiento penal por tentativa de homicidio o asesinato contra el otro, e igualmente cabe entender que la atribución individual al encausado.

Finalmente, en los casos de violencia de género, salvo que ya haya medidas adoptadas en el proceso civil de familia, será el propio Juez penal de violencia contra la mujer quien adoptará en beneficio e interés del hijo las medidas civiles, y podrá privar de la patria potestad al progenitor maltratador, suspender al inculpado en el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, o suspenderle en el régimen de relación con el menor, suprimiendo toda visita o estancia, especialmente en el caso de que el progenitor se halle en prisión por estos hechos.

La reforma de la Ley Orgánica de Violencia de Género en 2015 reintroduce la suspensión del ejercicio de la patria potestad, que no afectaría a la titularidad de la patria potestad sino solo sería una restricción del ejercicio, y así el Juez de violencia sobre la mujer puede suspender al encausado en el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia sobre el hijo o en sus relaciones con el menor, excluyéndole cautelar y temporalmente en el ejercicio de todo o parte de ella.

BIBLIOGRAFÍA

BACH FABREGÓ, Roser y GIMENO CUBERO, Miguel Ángel, *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

BOADO OLABARRIETA, María, «La privación de la patria potestad como medida penal y civil», *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 47, enero 2019, pp. 59-99.

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, «La custodia compartida.: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales», *Aranzadi Civil*, Nº 3/2004, pp. 2479-2512.

CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, Comentario al artículo 56, *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, dir. por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig y coord. por Guillermo Ramírez Martínez y Gabriel Rogé Such, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 318-322.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Custodia compartida», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 648, 2004.

CASTÁN VÁZQUEZ, José M^a, Comentario al artículo 170, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Codech, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 573-575.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de las fronteras», *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil* (Jornadas APDC 2011), Editum, Murcia, 2011, pp. 113-312.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 2009», *InDret*, 3/2010, julio 2010, pp. 1-21.

HAVA GARCÍA, Esther, «Un estudio descriptivo de los homicidios y asesinatos enjuiciados por el Tribunal Supremo entre 2017 y 2021», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Vol. 23 (1), 2023.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier,

- Comentario al artículo 46, *Comentarios al Código Penal*, dir. por María Luisa Cuerda Arnau, T. I. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 469-471.
- Comentario a los artículos 54, 55 y 56, *Comentarios al Código Penal*, dir. por María Luisa Cuerda Arnau, T. I. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 501-508.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier,

- «La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes», *Anuario de Derecho Civil*, T. LIX-II, abril-junio 2006, pp. 743-792.
- «Una revisitación, ante las situaciones de necesidad de los niños, de una institución ya centenaria: la obligación de alimentos», *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, coord. por Carlos Villagrasa Alcaide e Isaac Ravetllat Ballesté, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 895-934.

LUNA SERRANO, Agustín, Comentario al artículo 1.092, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Codech, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 14-16.

MESA MARRERO, Carolina, Comentario al artículo 170, *Comentarios al Código Civil*, dir. por Ana Cañizares Laso, T. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1354-1359.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, «La privación de la patria potestad por sentencia penal», *La Ley Derecho de Familia*, Nº 12, 2016.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, «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* (Universidad de Murcia), Vol. 34 (1), 2016. Disponible en <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/248121>.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia, *El régimen jurídico de la privación de la patria potestad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

OLMO GARCÍA, Pedro del, Comentario al artículo 1902, *Comentarios al Código Civil*, dir. por Ana Cañizares Laso, T. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 8437-8464.

PANTALEÓN, Fernando, Comentario al artículo 1.902, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1971-2003.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA,

- Voz «Patria potestad», *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2023. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/patria-potestad> [Consulta: 5 diciembre 2023].
- Voz «Privación de la patria potestad», *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2023. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/privaci%C3%B3n-de-la-patria-potestad> [Consulta: 5 diciembre 2023].

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, Voz «Patria potestad», *Diccionario jurídico*, dir. por Alfredo Montoya Melgar, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 805.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «La privación de la patria potestad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1995.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga,

- *La privación de la patria potestad*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006.
- «Privación de la patria potestad y proceso penal. A propósito de la STS, 2ª, 28.4.2006», *InDret*, 1/2007.
- «Nota sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal», *InDret*, 2/2009.

SANTANA VEGA, Dulce M., «La reforma de las penas de privación de la patria potestad e inhabilitación especial de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento», *Patria potestad, guarda y custodia. Congreso IDADFE 2011*, dir. por Carlos Lasarte, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, pp. 145-168.

VERDERA SERVER, Rafael, Comentario al artículo 1092, *Comentarios al Código Civil*, dir. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, T. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7988-7999.

ZURITA MARTÍN, Isabel, «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», *Actualidad Civil*, Nº 32, 2003, pp. 865-883.

RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

STEDH 7 agosto 1996, *Johansen v. Noruega*, dem. 17383/90.
STEDH 19 septiembre 2000, *Gnahoré v. Francia*, dem. 40031/98.
STEDH 28 septiembre 2004, *Sabou y Pircalab v. Rumanía*, dem. 46572/99.
STEDH 17 julio 2012, *M. D. y otros v. Malta*, dem. 64791/10.
STC 155/2009, 25 junio.
STC 192/2016, 16 noviembre.
STS (1ª) 23 julio 1987.
STS (1ª) 5 octubre 1987.
STS (1ª) 30 abril 1991.
STS (1ª) 20 enero 1993.
STS (1ª) 555/1996, 6 julio.
STS (1ª) 848/1996, 18 octubre.
STS (1ª) 1165/1996, 31 diciembre.
STS (1ª) 141/1999, 23 febrero.
STS (1ª) 1137/1999, 22 diciembre.
STS (1ª) 415/2000, 24 abril.
STS (1ª) 523/2000, 24 mayo.
STS (1ª) 720/2002, 9 julio.
STS (1ª) 887/2003, 1 octubre.
STS (1ª) 1127/2003, 27 noviembre.
STS (1ª) 56/2004, 9 febrero.
STS (1ª) 653/2004, 12 julio.
STS (1ª) 670/2004, 12 julio.
STS (1ª) 998/2004, 11 octubre.
STS (1ª) 900/2005, 10 noviembre.
STS (1ª) 623/2009, 8 octubre.
STS (1ª) 962/2010, 10 marzo.
STS (1ª) 963/2010, 11 marzo.
STS (1ª) 496/2011, 7 julio.
STS (1ª) 36/2012, 6 febrero.
STS (1ª) 315/2014, 6 junio.
STS (1ª) 621/2015, 9 noviembre.
STS (1ª) 680/2015, 26 noviembre.
STS (1ª) 319/2016, 13 mayo.
STS (1ª) 14/2017, 13 enero.
STS (1ª) 171/2018, 23 marzo.
STS (1ª) 291/2019, 23 mayo.

STS (1ª) 514/2019, 1 octubre.
STS (1ª) 625/2022, 26 septiembre.
ATS (1ª) 14 abril 2021.
ATS (1ª) 23 marzo 2022.
Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS 26 mayo 2000 (1º).
STS (2ª) 2615/1993, 20 diciembre.
STS (2ª) 1744/1994, 10 octubre.
STS (2ª) 61/1997, 15 enero.
STS (2ª) 780/2000, 11 septiembre.
STS (2ª) 1502/2000, 29 septiembre.
STS (2ª) 1471/2000, 2 octubre.
STS (2ª) 979/2001, 30 mayo.
STS (2ª) 568/2001, 6 julio.
STS (2ª) 1633/2001, 18 septiembre.
STS (2ª) 117/2003, 20 marzo.
STS (2ª) 417/2003, 20 marzo.
STS (2ª) 744/2003, 21 mayo.
STS (2ª) 1378/2004, 29 noviembre.
STS (2ª) 479/2005, 15 abril.
STS (2ª) 596/2006, 28 abril.
STS (2ª) 815/2006, 13 mayo.
STS (2ª) 887/2008, 10 diciembre.
STS (2ª) 750/2008, 12 noviembre.
STS (2ª) 1083/2010, 15 diciembre.
STS (2ª) 695/2012, 19 septiembre.
STS (2ª) 1069/2012, 2 diciembre.
STS (2ª) 568/2015, 30 septiembre.
STS (2ª) 118/2017, 23 febrero.
STS (2ª) 314/2017, 3 mayo.
STS (2ª) 432/2017, 14 junio.
STS (2ª) 449/2017, 21 junio.
STS (2ª) 468/2017, 22 junio.
STS (2ª) 477/2017, 26 junio.
STS (2ª) 555/2017, 13 julio.
STS (2ª) 619/2017, 15 septiembre.
STS (2ª) 663/2017, 10 octubre.
STS (2ª) 817/2017, 13 diciembre.
STS (2ª) 247/2018, 24 mayo.
STS (2ª) 452/2019, 8 octubre.
STS (2ª) 42/2020, 10 febrero.
STS (2ª) 87/2021, 3 febrero.
STS (2ª) 770/2023, 17 octubre.

SAP Alicante (3ª) 742/1998, 2 diciembre.
SAP Alicante (7ª) 574/2001, 21 noviembre.
SAP Sevilla (1ª) 12/2002, 10 enero.
SAP Barcelona (18ª) 10 junio 2002.
SAP Cuenca 236/2002, 16 octubre.
SAP Barcelona (3ª) 11 abril 2003.
SAP Valencia (10ª) 416/2004, 29 junio.
SAP Madrid (2ª) 562/2004, 27 diciembre.
SAP Jaén (2ª) 66/2006, 17 abril.
SAP Madrid (27ª) 19/2006, 19 junio.
SAP Madrid (27ª) 29/2008, 25 septiembre.
SAP Madrid (22ª) 606/2018, 6 julio.
SAP Málaga (6ª), 896/2019, 15 octubre.
SAP Alicante (9ª) 88/2020, 5 marzo.

Fecha de recepción: 28.12.2023

Fecha de aceptación: 05.08.2024