

## SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

### Comentario a la STS de 13 de mayo de 2016

**Carlos Beltrá Cabello**

*Ltrado de la Administración de Justicia*

---

#### EXTRACTO

Para atribuir la guarda y custodia de los menores a uno o ambos de sus progenitores el principio rector es el del interés del menor. En la sentencia comentada no se priva de la patria potestad, sino que simplemente se suspende su ejercicio, dado que se encuentra en un centro penitenciario, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil, dada la imposibilidad de su ejercicio efectivo.

**Palabras clave:** guarda y custodia de menores; patria potestad; suspensión.

---

*Fecha de entrada: 17-09-2017 / Fecha de aceptación: 27-09-2017*

En el procedimiento de Modificación de Medidas Contenciosas, se fijaron en el fallo, entre otras cuestiones, que se atribuya a la madre de forma exclusiva el ejercicio ordinario de la patria potestad hasta que el padre haya cumplido condena y se encuentre en situación de plena libertad, momento en que la patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores. Se suspende el régimen de visitas, comunicaciones y estancias del padre con sus hijos hasta que el mismo cumpla condena y salga del centro penitenciario y, entonces, deberá ser este quien, a través del correspondiente procedimiento de modificación de medidas, inste la reanudación de las visitas con sus hijos, debiendo valorarse entonces la pertinencia de realizar un informe psicosocial atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Apelada dicha sentencia, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la misma estableciendo que se acuerde un régimen de visitas entre padre e hijos, de una vez al mes, que se fijará según las normas establecidas por el centro penitenciario, a cuyo fin el propio interno cursará las peticiones ante los órganos correspondientes, debiendo ir los menores acompañados por una tercera persona de la confianza de ambos progenitores, de la madre, o bien de cualquiera de las personas que en su momento llevaron a cabo las entregas y recogidas de los menores en las anteriores visitas, pudiendo adoptarse en cualquier momento cualquier medida que demande el interés preferente de los menores.

Establece el artículo 92.7 del CC que «no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar 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. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».

Y el artículo 94 del CC en relación con el régimen de visitas regula que «el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

Para atribuir la guarda y custodia de los menores a uno o ambos de sus progenitores el principio rector es el del *interés del menor*, y el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de Protección Jurisdiccional del Menor, ha dotado de contenido a ese interés fijando los criterios generales a tener en cuenta a los efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor.

En definitiva, el interés del hijo debe funcionar como principio básico y prevalente para atribuir la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial de pareja.

A la vista de lo manifestado y del supuesto de hecho recogido en la sentencia impugnada, supuesto de violencia de género, se deja sin efecto la custodia compartida, pero no se suprimen las visitas del padre con los hijos. La sala declara que en la sentencia recurrida se limita a mantener un reducido contacto del padre con los hijos en el centro penitenciario, acompañados de tercera persona, sin perjuicio de que cuando salga en libertad se adopten las medidas, ajustadas a derecho, que interesen las partes, dado que el tribunal de apelación carecía de elementos de juicio suficientes para resolver, sobre el derecho de visita, tras la puesta en libertad del demandado.

En relación con la privación de la patria potestad alegada por el condenado, la sala establece que en la sentencia recurrida no se priva de la patria potestad, sino que simplemente se suspende su ejercicio, dado que se encuentra en un centro penitenciario, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil, dada la imposibilidad de su ejercicio efectivo. Además, consta condena por delito de maltrato habitual, lo que refuerza la medida adoptada, dado que el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece: «El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él».

Por tanto, en la sentencia recurrida no se infringe precepto ni se desvincula de la jurisprudencia existente, dado que concurre una base jurídica sólida para suspender el ejercicio de la patria potestad, sin perjuicio de lo cual, en el ejercicio de una ponderada valoración del interés de los menores, mantiene el derecho de visita, si bien restringido.

Por igual razón, no procede incrementar el sistema de visitas ni el de comunicaciones acordado, con el fin de no alterar el delicado equilibrio afectivo de los menores.

Por otro lado, es desproporcionado supeditar la posibilidad de alterar el sistema de comunicaciones a la plena libertad del recurrente, pues habrá de permitirse que pueda instarlo desde que consiga el tercer grado o la libertad condicional. En caso contrario, no podría ver a los menores en el centro penitenciario (en el que ya no estaría), ni mediante otro sistema de visita. Por la misma razón, procede dejar sin efecto la suspensión del ejercicio de la patria potestad, desde que el recurrente disfrute de libertad condicional, pues en dicho momento cesará el internamiento (completo o parcial) que justificaba la imposibilidad del ejercicio.

Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del CC como un derecho del que aquel podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos. Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores contempla el reconocimiento del derecho a la co-

municación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»; así también el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992: «En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño»; igualmente cabe citar el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

De esta cita cabe deducir que las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia en los casos en que el padre y la madre del niño no convivan han de tener como función prioritaria la *protección del interés del menor*. Esta regla está admitida en el artículo 94 del CC cuando después de admitir el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, añade que el juez lo «podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen». La necesidad de proteger el interés del menor en estas situaciones constituye el elemento determinante de la decisión judicial en el artículo 57 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, que establece que «1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. 2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija». Asimismo, el artículo 233-8.3 del Código Civil de Cataluña, que establece que «la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de manera prioritaria el interés del menor».