



Roj: **STS 5164/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5164**

Id Cendoj: **28079110012016100673**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2016**

Nº de Recurso: **2224/2015**

Nº de Resolución: **711/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 1467/2015,**
STS 5164/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 25 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de junio de 2015 dictada en recurso de apelación núm. 213/2015, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 111/2014, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de La Coruña; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Adolfina, representada por la procuradora Dña. Berta Sobrino Nieto, bajo la dirección letrada de Dña. María Alvela Vázquez, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Ana María Alonso de Benito en calidad de recurrente no constando personado recurrido alguno y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Adolfina, representada por la procuradora Dña. Berta Sobrino Nieto y asistida de la letrada Dña. María Alvela Vázquez, interpuso demanda de juicio de divorcio y privación de patria potestad contra D. Gonzalo, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«En cuya virtud se declare:

»La atribución de la guarda y custodia de la hija de los litigantes, Sagrario, a favor de Dña. Adolfina.

»La atribución a nuestra mandante y su hija, del uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en la RONDA000 núm. NUM000 - NUM001.

»Se acuerde privar totalmente a D. Gonzalo de la patria potestad respecto de su hija Sagrario.

»Se establezca la obligación a cargo del Sr. Gonzalo de abonar a favor de su hija, la cantidad de 200.-? mensuales en concepto de pensión alimenticia, cantidad que será abonada por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta designada al efecto por la madre, y actualizable anualmente conforme al IPC establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, o en su caso, lo que SS.ª estime conveniente.

»Se establezca la obligación a cargo de ambos progenitores, de abonar el 50% de los gastos extraordinarios generados por la hija de los litigantes.

»Todo ello, con expresa imposición de costas al demandado».



2.- Admitida la demanda y emplazado en legal forma el demandado D. Gonzalo , no compareció dentro del plazo concedido para contestar a la demanda y por diligencia de 12 de noviembre de 2014 se le declaró en situación de rebeldía procesal.

3.- El fiscal en su intervención contestando a la demanda interpuesta con los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Acorde con el resultado de la prueba practicada en su momento».

4.- En la celebración del juicio con la comparecencia de la parte demandante y del demandado D. Gonzalo , quien fue interrogado, manifestando que había solicitado letrado y procurador de oficio pero que, por alguna razón, no llegó al juzgado su petición y la reiteró en el acto de juicio accediendo SS.^a por lo que se suspendió el juicio hasta que estuvieran nombrados; posteriormente se personaron el procurador D. Alejandro Reyes Paz y el letrado D. Fernando Carballo Álvarez, a fin de que se les designara en representación y defensa de D. Gonzalo , y celebrándose nuevamente el juicio previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de A Coruña se dictó sentencia, con fecha 24 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Declaro disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio que estaba formado por Dña. Adolfinia y D. Gonzalo .

»Declaro disuelto, igualmente, su régimen económico matrimonial.

»Practíquese la anotación oportuna en el Registro Civil.

»La nueva situación se regulará con las siguientes medidas.

»-La madre ejercerá en exclusiva tanto la patria potestad como la custodia de la hija menor de edad Sagrario .

»-Juntas seguirán en el uso del domicilio que fue familiar situado en la RONDA000 núm. NUM000 , NUM001 de A Coruña.

»-El padre le abonará, dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta corriente que ella señale, el 20% de los ingresos netos como contribución a los alimentos de la menor. Hará frente también al 50% de sus gastos extraordinarios.

»Sin que haya lugar a otros pronunciamientos y sin imposición de costas.

»Notifíquese la presente resolución a las partes».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por ambas partes demandante y demandada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia, con fecha 3 de junio de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Se confirma la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer de A Coruña, todo ello sin hacer especial pronunciamiento de las costas de la alzada».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Adolfinia se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.1 LEC , en relación con los arts. 477.2.3 .º y 477.3 del mismo cuerpo legal , por incorrecta interpretación de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 170 del Código Civil, en relación con el art. 154, párrafo segundo del mismo cuerpo legal , con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la **Sala Civil del Tribunal Supremo** de fecha 31 de diciembre de 1996 , y 2 de octubre de 2003 , 5 de marzo de 2008 , 11 de octubre de 2004 , 20 de enero de 1993 , resultando por tanto infringida y/o desconocida en la sentencia recurrida dicha jurisprudencia conforme a la cual la causa dolosa de la muerte de la madre, el incumplimiento de la obligación alimenticia a cargo del progenitor no custodio, la imposibilidad física y/o psíquica de uno o de ambos progenitores, se consideran causas de privación de la patria potestad.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , en relación con los arts. 477.2.3 .º y 477.3 del mismo cuerpo legal , por infracción del art. 39.2 y 3 de la CE , en relación con el art. 3.1 y 8.1 de la Convención del Derecho del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, y el art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , por cuanto la sentencia no prima, en su decisión los derechos del niño, conforme al que deben interpretarse los arts. 154 , 170 y 172 del CC .

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 16 de diciembre de 2015 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado al Ministerio Fiscal para que, en su caso, formalizara su oposición en el plazo de veinte días.



2.- A petición del Ministerio Fiscal se adjunta a las actuaciones copia de la sentencia del procedimiento penal por delito de homicidio en grado de tentativa en el que se condenó a D. Gonzalo y una vez aportado en autos el Fiscal presentó sus alegaciones sobre el recurso de casación solicitando la estimación del mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 16 de noviembre de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

La demandante Dña. Adolfina , solicita el divorcio y la privación de la patria potestad de su hija de cinco años, contra D. Gonzalo .

Previa a la demanda de divorcio la demandante formuló denuncia de malos tratos contra su esposo, en virtud de la cual se acordó una orden de alejamiento contra el demandado consistente en la prohibición de acercarse y comunicarse con la misma a menos de 300 metros de distancia.

La demandante solicita, dada la gravedad de la agresión cometida por el demandado que se encontraba en prisión preventiva, que se acuerde la privación de la patria potestad, pues no podrá ejercer los deberes inherentes a su ejercicio.

La sentencia de primera instancia, acuerda:

(i) el ejercicio exclusivo de la patria potestad por la madre, hasta que se realice ese enjuiciamiento cuyo resultado bien podrá provocar la modificación de esta medida en un sentido o en otro, pues la condena por homicidio debería entenderse como causa para la privación de la patria potestad pero, en el presente caso, en espera del enjuiciamiento penal puede resultar excesiva la privación.

(ii) deberá esperarse a la decisión del proceso penal, para acordar las relaciones entre el padre y su hija dada la corta edad de la menor.

(iii) en cuanto a las obligaciones de naturaleza económica el padre en fecha actual carece de cualquier ingreso, por tanto solo puede acordarse lo que se ha llamado pensión de mera subsistencia, en una forma porcentual, esto es, el 20% de los ingresos del demandado.

Se interpone recurso de apelación por las dos partes y por el Ministerio Fiscal.

La representación de la demandante, solicita que se prive totalmente a D. Gonzalo de la patria potestad de su hija, la demandante alega que no se trata de castigar al padre y en consecuencia no se ha de esperar a si se producirá una condena o no en el procedimiento penal, a fin de determinar la privación de la patria potestad, sino que se trata en realidad de proteger el interés fundamental de la menor por encima de los deseos de los padres o sus legítimas aspiraciones.

Solicita también que resulta más ajustado a derecho establecer una cantidad fija en concepto de pensión de alimentos, y dada la situación económica de ambos progenitores y las necesidades de la menor se entiende necesaria la suma de 200 euros mensuales.

El demandado solicita que se acuerde la no privación de la patria potestad, o subsidiariamente la suspensión de la patria potestad hasta que quede en libertad. La jurisprudencia no relaciona directamente desde el punto de vista causal, privación de libertad con privación de la patria potestad, sino siempre con incumplimientos culpables y/o con imposibilidad absoluta.

El Ministerio Fiscal, dice que el reconocimiento por parte del demandado de actos de extrema violencia contra su esposa podría fundar sobradamente la privación de la patria potestad y, en el presente caso, la pendencia del proceso penal por un presunto delito de homicidio intentado de la esposa, unido a la situación preexistente de desinterés real por la menor, con el consiguiente desapego y falta de apoyo en su desarrollo personal, son razones que deberían dar lugar a estimar el recurso de la demandante.

La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, desestima los recursos de apelación interpuestos y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer.

La Audiencia concluye que:

« En el presente caso no existe un pronunciamiento condenatorio firme que desvirtúe la presunción de inocencia del demandado....



«Por todo ello, partiendo de una interpretación restrictiva de la privación de la patria potestad (SSTS de 6 de julio y 18 de octubre de 1996 y 10 de noviembre de 2005), conjugándola con el principio de presunción de inocencia, y hallándose protegido el interés del menor con las medida adoptadas, no vemos razones para la revocación de la sentencia apelada, sin perjuicio de su revisión y de las medidas a adoptar, una vez concluido el proceso penal, con sentencia firme condenatoria ».

Se interpone recurso de casación por la representación de la demandante, Dña. Adolfinia . Se desarrolla en dos apartados.

En el primero se fundamenta en la infracción del art. 170.1 en relación con el art. 154.2 ambos del CC , por vulneración de la sentencia recurrida de la doctrina recogida en las sentencias de esta sala de 31 de diciembre de 1996 , 2 de octubre de 2003 , 5 de marzo de 2008 , 11 de octubre de 2004 y 20 de enero de 1993 , en relación a las causas de privación de la patria potestad.

En concreto, las sentencias de 31 de diciembre de 1996 y 2 de octubre de 2003 , confirman la privación de la patria potestad en supuestos de condena del progenitor por la muerte dolosa de la madre de los menores.

Para la recurrente lo que se valora en estos dos supuestos es el incumplimiento grave de los deberes propios de la patria potestad, por quien actúa contra la integridad física de la madre de los menores, que perjudica la formación integral del hijo común, y constituye causa más que suficiente para acordar la privación total de la patria potestad.

La sentencia recurrida, según la recurrente, vulnera esta doctrina pues prima el derecho a la presunción de inocencia frente al derecho a la integridad moral de la menor, pues el hecho de atentar contra la vida de la madre de su hija es causa más que suficiente para acordar la privación absoluta de la patria potestad, pues estos hechos colocan a la hija en una situación de peligro para su bienestar intelectual y moral que suponen una violación grave de los deberes paterno-filiales.

La recurrente plantea también que el incumplimiento de la obligación alimenticia respecto de los menores sometidos a patria potestad es causa más que suficiente para acordar la privación de la patria potestad, en este sentido se cita la sentencia de 5 de marzo de 1998 , 11 de octubre de 2004 . En el presente caso, la recurrente mantiene que desde que se produce la separación de hecho del matrimonio el demandado no se ha ocupado de la menor, apenas se ha ocupado del sostenimiento de su hija.

La recurrente cita por último en este apartado la sentencia de esta sala de 20 de enero de 1993 , que considera que la petición del abuelo materno de privación de la patria potestad del progenitor, que se encuentra en prisión provisional por el parricidio de su esposa, debe estimarse. Se alega por la recurrente, como ya recogió en el recurso de apelación, que no se trata de castigar al padre y en consecuencia esperar a que se produzca la condena o no en el procedimiento penal, sino que, lo que se pretende proteger son los intereses fundamentales de la menor por encima de los deseos de los padres.

En el segundo se fundamenta en la infracción del art. 39.2 y 3 de la CE en relación con el artículo 3.1 y 8.1 de la Convención del Derecho del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 y el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero , en cuanto la sentencia recurrida no prima en su decisión los derechos del niño conforme al que deben respetarse los artículos 154 , 170 y 172 del CC .

En concreto cita la sentencia de esta sala de 24 de abril de 2000 , pues no solo basta la constatación de un incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales para acordar la privación absoluta de la patria potestad sino que es necesario que venga aconsejada y resulte conveniente para los intereses del menor.

En el presente caso, según la recurrente se ha acreditado que el incumplimiento grave de los deberes inherentes de la patria potestad por el padre suponen un peligro real para el desarrollo emocional de la menor.

En definitiva, la recurrente entiende que está en peligro la integridad moral de la menor porque el atentado contra la vida de la madre coloca a la hija en una situación de peligro para su bienestar intelectual, por ello solicita la privación de la patria potestad del padre.

SEGUNDO .- *Condena firme por delito de homicidio en grado de tentativa* .

En sentencia de 30 de octubre de 2015 de la Sección Primera de la AP de La Coruña se contienen los siguientes hechos probados:

«El procesado Gonzalo -mayor de edad y condenado en 23 sentencias firmes comprendidas entre los años 1992 y 2002 por delito de robo (22) y usurpación (1)- contrajo matrimonio con Adolfinia el 8 de noviembre de 2002, unión de la que nació el 27-1-2009 la hija común Sagrario ; en 2012 ocurrió la separación de hecho de



la pareja, cuya relación fue progresivamente deteriorándose en razón de las visitas del acusado a su hija y las exigencias que continuamente planteaba al respecto.

Sobre las 13'45 horas del día 15 de agosto de 2014, el procesado acudió al lugar de trabajo de Adolfinia , Bar Yesterday del nº 238 de la Ronda de Outeiro de A Coruña, portando oculto en los calcetines un cuchillo de cocina de mango de madera y 10 centímetros de hoja metálica de longitud. Decidido a dar muerte a su cónyuge, esperó en la barra del local a que lo abandonase el único cliente que allí había, e inmediatamente arrojó a Adolfinia un servilletero y un taburete a la vez que le decía que la iba a matar; extrajo el cuchillo del tobillo, saltó la barra del bar y arrinconó a la mujer dentro clavándole el cuchillo en cinco ocasiones con golpes corporales indiscriminados y cuando ella estaba agachada y se cubría en forma de ovillo.

Ante los gritos de auxilio de Adolfinia acudió a la puerta del establecimiento el encargado del locutorio Río del nº 236 bajo de esa calle, quien se dirigió al procesado verbalmente recriminándole la acción. Gonzalo , cuchillo en mano salió entonces del bar, tras él aprovechando Adolfinia para huir, y siendo alertada la policía por el vecino mencionado.

Personada una patrulla de la policía local en muy poco tiempo, hallaron al acusado en el cruce de la Ronda de Outeiro con la Avenida de Finisterre, requiriéndole varias veces -armas reglamentarias en mano- que arrojase el cuchillo que esgrimía, procediendo finalmente a su detención mientras seguía insistiendo en que mataría a su mujer.

A consecuencia de las cuchilladas y el acometimiento físico del procesado, la Sra. Adolfinia sufrió tres heridas incisas en la cara externa y otra más en la interna del brazo izquierdo, erosión lineal en antebrazo izquierdo y herida incisa de 1'5 cm., en zona frontal izquierda; fue asistida a las 14'30 horas del mismo día en el Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña con dispensación de analgesia y aplicación de puntos de sutura; restan como secuelas (tras la curación en 7 días) tres cicatrices de entre 1'5 y 2 centímetros en el brazo izquierdo y otra de 1 centímetro en región frontal izquierda.

El procesado presenta rasgos persistentes de personalidad compatibles con un trastorno de personalidad y una capacidad intelectual límite, alteraciones no modificativas de sus funciones cognitivas, aunque sí capaces de disminuir las volitivas en situación de estrés; en el historial psiquiátrico-penitenciario por anteriores ingresos en el Centro de Teixeira constan referencias a síndromes ansioso-depresivos y esquizofrenia simple. Al ocurrir los hechos tenía levemente mermadas sus facultades de libre determinación.

Por sentencia de 24-2-2015, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de A Coruña decretó la disolución del matrimonio del acusado y Adolfinia , por divorcio, y dispuso el ejercicio exclusivo por la madre de la patria potestad y la custodia de la hija menor Sagrario ».

Igualmente consta como fallo:

«Condenamos al procesado Gonzalo , como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, ya definido y concurriendo las circunstancias modificativas agravante de parentesco y atenuante analógica de anomalía psíquica, a las penas de prisión de siete años, accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y de prohibición por nueve años de comunicación por cualquier medio y de aproximación a distancia de 100 metros de Adolfinia , así como a la privación de la patria potestad sobre Sagrario .

Asimismo, condenamos al procesado al pago de las costas procesales (incluidas las de la Acusación Particular) y a que indemnice a la Sra. Adolfinia en 11.850 euros, con aplicación del interés moratorio del art. 576 LEC .

Abónese al reo el tiempo de prisión provisional sufrida durante la tramitación de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo y de la que se llevará certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos»

Contra la referida sentencia se interpuso recurso de casación que se inadmitió por auto de 5 de mayo de 2016 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

TERCERO .- *Alegaciones del Ministerio Fiscal* .

El Ministerio fiscal se hizo eco de la condena firme antes mencionada, por lo que solicitó la estimación del recurso de casación.

CUARTO .- *Motivaciones del recurso*.

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.1 LEC , en relación con los arts. 477.2.3 .º y 477.3 del mismo cuerpo legal , por incorrecta interpretación de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 170 del Código Civil , en relación con el art. 154, párrafo segundo del mismo cuerpo legal , con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial



establecida en las sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de fecha 31 de diciembre de 1996 , y 2 de octubre de 2003 , 5 de marzo de 2008 , 11 de octubre de 2004 , 20 de enero de 1993 , resultando por tanto infringida y/o desconocida en la sentencia recurrida dicha jurisprudencia conforme a la cual la causa dolosa de la muerte de la madre, el incumplimiento de la obligación alimenticia a cargo del progenitor no custodio, la imposibilidad física y/o psíquica de uno o de ambos progenitores, se consideran causas de privación de la patria potestad.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , en relación con los arts. 477.2.3 .º y 477.3 del mismo cuerpo legal , por infracción del art. 39.2 y 3 de la CE , en relación con el art. 3.1 y 8.1 de la Convención del Derecho del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, y el art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , por cuanto la sentencia no prima, en su decisión los derechos del niño, conforme al que deben interpretarse los arts. 154 , 170 y 172 del CC .

En concreto, las sentencias de 31 de diciembre de 1996 y 2 de octubre de 2003 , confirman la privación de la patria potestad en supuestos de condena del progenitor por la muerte dolosa de la madre de los menores.

Para la recurrente lo que se valora en estos dos supuestos es el incumplimiento grave de los deberes propios de la patria potestad, por quien actúa contra la integridad física de la madre de los menores, que perjudica la formación integral del hijo común, y constituye causa más que suficiente para acordar la privación total de la patria potestad.

La sentencia recurrida, según la recurrente, vulnera esta doctrina pues prima el derecho a la presunción de inocencia frente al derecho a la integridad moral de la menor, pues el hecho de atentar contra la vida de la madre de su hija es causa más que suficiente para acordar la privación absoluta de la patria potestad, pues estos hechos colocan a la hija en una situación de peligro para su bienestar intelectual y moral que suponen una violación grave de los deberes paterno-filiales.

La recurrente plantea también que el incumplimiento de la obligación alimenticia respecto de los menores sometidos a patria potestad es causa más que suficiente para acordar la privación de la patria potestad, en este sentido se cita la sentencia de 5 de marzo de 1998 , 11 de octubre de 2004 . En el presente caso, la recurrente mantiene que desde que se produce la separación de hecho del matrimonio el demandado no se ha ocupado de la menor, apenas se ha ocupado del sostenimiento de su hija.

La recurrente cita por último en este apartado la sentencia de esta sala de 20 de enero de 1993 , que considera que la petición del abuelo materno de privación de la patria potestad del progenitor, que se encuentra en prisión provisional por el parricidio de su esposa, debe estimarse. Se alega por la recurrente, como ya recogió en el recurso de apelación, que no se trata de castigar al padre y en consecuencia esperar a que se produzca la condena o no en el procedimiento penal, sino que, lo que se pretende proteger son los intereses fundamentales de la menor por encima de los deseos de los padres.

En el segundo se fundamenta en la infracción del art. 39.2 y 3 de la CE en relación con el artículo 3.1 y 8.1 de la Convención del Derecho del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 y el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero , en cuanto la sentencia recurrida no prima en su decisión los derechos del niño conforme al que deben respetarse los artículos 154 , 170 y 172 del CC .

En concreto cita la sentencia de esta sala de 24 de abril de 2000 , pues no solo basta la constatación de un incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales para acordar la privación absoluta de la patria potestad sino que es necesario que venga aconsejada y resulte conveniente para los intereses del menor.

En el presente caso, según la recurrente se ha acreditado que el incumplimiento grave de los deberes inherentes de la patria potestad por el padre suponen un peligro real para el desarrollo emocional de la menor.

En definitiva, la recurrente entiende que está en peligro la integridad moral de la menor porque el atentado contra la vida de la madre coloca a la hija en una situación de peligro para su bienestar intelectual, por ello solicita la privación de la patria potestad del padre.

QUINTO .- *Decisión de la sala* .

Se desestiman los dos motivos que se analizan conjuntamente.

Esta sala, de acuerdo con el art. 752 LEC , ha de tener en cuenta la declaración de firmeza de la sentencia penal aportada, sin perjuicio de ello no puede estimarse el recurso, dado que en la sentencia de apelación no se infringe precepto alguno, dada la documentación que obraba en su poder.

El tribunal de apelación no excluyó la privación, sino que declaró que se habría de estar a lo que declarase la jurisdicción penal.



Sin perjuicio de esta causa sobrevenida, en la sentencia recurrida se compatibilizó el respeto a la presunción de inocencia (art. 24 de la Constitución) con la protección esencial y efectiva del interés de la menor (art. 39 de la Constitución), dado que mientras se sustanciaba el proceso penal (homicidio en grado de tentativa) el padre se encontraba privado del derecho de comunicación y de visita a la menor.

Ciertamente la gravedad de los hechos denunciados y el reconocimiento parcial de los mismos por el entonces acusado, como alega el Ministerio Fiscal, exigía unas medidas cautelares civiles y/o penales tuteladoras de los intereses de la menor, como de hecho se acordaron, que se podían adoptar conforme a los arts. 94 del C. Civil y 65 de la LO 1/2004 (sentencia núm. 598, de 27 de octubre de 2015).

De acuerdo con el art. 170 del C. Civil procede que esta sala de casación tenga por declarada la privación de patria potestad de D. Gonzalo , en relación con su hija Sagrario , ya pronunciada en sentencia penal antes referida de la AP de La Coruña, declarada firme.

SEXTO .- Costas.

No procede imposición de costas en la casación, dadas las circunstancias sobrevenidas antes expresadas (arts. 394 y 398 LEC). Se declara la pérdida del depósito para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Adolfinia , contra sentencia de 3 de junio de 2015 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña . **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida. **3.º**- No procede imposición de costas en la casación. **4.º**- Se declara la pérdida del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.