

Roj: **STS 13/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:13**Id Cendoj: **28079110012017100001**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/01/2017**Nº de Recurso: **1148/2016**Nº de Resolución: **14/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN núm.: 1148/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Civil****Sentencia núm. 14/2017**

Excmos. Sres.

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

En Madrid, a 13 de enero de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de febrero de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 504/2015, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dimanante de autos de juicio de familia para modificación de medidas núm. 1246/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de DIRECCION000 ; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Flora , representada por la procuradora Dña. Laura Queiruga Álvarez, bajo la dirección letrada de D. Carlos González Reverter, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Elisa María Sainz de Baranda Riva, designada del turno de oficio, en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Evaristo , representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas, designado del turno de oficio, bajo la dirección letrada de D. Carlos Rey Abal, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Flora , representada por la procuradora Dña. Laura Queiruga Álvarez y asistida del letrado D. Carlos González Reverter, interpuso demanda de juicio para modificación de las medidas sobre guarda, custodia y alimentos de menor, aprobadas en sentencia de 15 de junio de 2012, contra D. Evaristo y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se acuerde:

»- La supresión del régimen de visitas acordado a favor del demandado.



- »- La privación o suspensión de la patria potestad de D. Evaristo respecto de su hijo Alfonso .
- »- El aumento de la pensión de alimentos a cargo del padre a favor del hijo en la cantidad de 60.-€, haciendo un total de 150 euros mensuales en concepto de alimentos.
- »Todo ello con expresa imposición de costas al demandado».

2.- El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables interesando al juzgado se dicte sentencia:

«Conforme a las alegaciones formuladas y la prueba practicada, comunicándola, una vez sea firme, al Registro Civil competente para la práctica de los asientos que corresponda».

3.- El demandado D. Evaristo contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Luis Pedro Lanero Táboas y bajo la dirección letrada de D. Carlos Rey Abal, ambos del turno de oficio, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestime la demanda formulada de adverso y se absuelva de la misma a mi representado procediendo a conservar la patria potestad, régimen de visitas y pensión de alimentos ya existentes».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 se dictó sentencia, con fecha 29 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. En la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Sra. Queiruga Álvarez, en nombre y representación de Dña. Flora , contra D. Evaristo , como demandado, representado por el procurador de los tribunales Sr. Lanero Táboas, estimo parcialmente la misma realizando los siguientes pronunciamientos:

»Primero.- Se acuerda la privación total de la patria potestad de D. Evaristo , respecto de su hijo menor de edad Alfonso , así como la supresión del régimen de visitas establecido en la sentencia de fecha 12 de junio de 2012.

»Segundo.- No procede modificar el importe de la pensión de alimentos establecida en la sentencia de fecha 12 de junio de 2012.

»Firme que sea esta resolución comuníquese al Registro Civil donde conste el nacimiento del menor Alfonso , a los efectos oportunos, dejándose constancia de ello en autos».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del demandado D. Evaristo , la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra con sede en DIRECCION000 dictó sentencia, con fecha 12 de febrero de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que al acoger en parte el recurso de apelación interpuesto por don Evaristo , debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia dictada en autos de modificación de medidas núm. 1264/2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de esta ciudad y, en consecuencia, acordamos que la privación de la patria potestad se mantendrá hasta que se declare extinguida en su integridad la pena privativa de libertad. No se hace condena en costas».

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

Motivo primero.- Por infracción del art. 170 del CC en relación con el 154 del mismo texto legal y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias como las de 11 de octubre de 2004 (Rec. 5226/1999) y 9 de noviembre de 2015 (Rec. 1754/2014).

Motivo segundo.- Por infracción del art. 39.3 y 4 de la Constitución Española , en relación con el art. 3.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, y del art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , de protección jurídica del menor, así como la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo recogida en sentencias como las de 25 de abril de 2011 (Rec. 646/2008), 6 de febrero de 2012 (Rec. 36/2012) y 6 de junio de 2014 (Rec. 718/2012).

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 5 de octubre de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Javier Cuevas Riva, en nombre y representación de D. Evaristo , presentó escrito de oposición al mismo. Por su parte el Fiscal apoya el recurso, desarrollando los motivos de derecho en los que se basa e interesa la estimación del recurso de casación y la privación de la patria potestad solicitada.



3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 11 de enero de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

1. Acción ejercitada y sentencia de primera instancia.

El presente recurso trae causa de la demanda de modificación de medidas promovida por la madre frente al padre, ingresado en centro penitenciario en el que cumple condena como autor responsable por un delito continuado de abuso sexual en la persona de la hija menor de la actora, de 11 años de edad, en la que se solicita, entre otras pretensiones, la privación de la patria potestad del demandado respecto del hijo menor, nacido el NUM000 /2010, y la suspensión del régimen de visitas.

Por el juzgador de primera instancia se estimó la pretensión de privación de la patria potestad, por considerar que el delito por el que ha sido condenado revela «con especial intensidad la infracción por parte del demandado de los más mínimos deberes de cuidado y asistencia moral y material», por cuanto «no es difícil de comprender que quien abusa sexualmente de la hermana de su hijo no se encuentra en condiciones ni de velar por éste ni de proporcionarle una formación aceptable desde, prácticamente, ningún punto de vista». Asimismo, considera la sentencia que, además, debe añadirse la circunstancia de la escasa vinculación del menor con su padre en los últimos años, que llevan a pensar que el menor se encuentra en situación de riesgo de mantener la patria potestad, y que el mantenimiento de una posible relación personal del menor con su padre «podría provocar una situación de conflicto de lealtades en el menor de consecuencias imprevisibles».

2. Sentencia de segunda instancia.

Interpuesto recurso de apelación por el padre demandado, respecto del que se formula oposición por la madre actora y por el fiscal, la sala de apelación estima en parte el recurso, en el sentido de acordar la privación temporal de la patria potestad «hasta que se declare extinguida en su integridad la pena privativa de libertad».

Considera la sala de apelación que los actos apreciados para la privación de la patria potestad «no se trata de actos que directamente hayan afectado al propio hijo», sin que se haya acreditado que la privación de la patria potestad sin límite temporal reporte algún beneficio al menor, por lo que no existiría razón suficiente para privar de la patria potestad más allá del tiempo de cumplimiento de la condena, con cita de la STS de 20 de enero de 1993 .

3. Recurso de casación.

Frente a la citada resolución se interpone recurso de casación por la madre actora, fundado en dos motivos: el primero, por infracción del art. 170 CC , en relación con el art. 154 CC , en relación con la jurisprudencia de la sala, por considerar que la gravedad del delito cometido revelaría la infracción de los más mínimos deberes de cuidado y asistencia moral que le son exigibles con relación a su hijo, y no tiene en cuenta la escasa relación del progenitor con su hijo en los últimos años; y el segundo, por infracción de los arts. 3.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, el art. 3.1 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor , así como la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por considerar que la resolución impugnada habría hecho prevalecer el interés del progenitor a los del niño, y eludir la situación de riesgo para el menor de mantener la patria potestad.

4. Sentencia de condena penal por delito continuado de abuso sexual con prevalimiento.

Por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª, se dictó sentencia con fecha 12 de diciembre de 2013 , que contenía los siguientes hechos probados y fallo:

«HECHOS PROBADOS.

»Como tales se declaran los que integran el siguiente relato fáctico:

»Desde fechas indeterminadas, pero entre los años 2006 y 2007, el acusado Evaristo , mayor de edad, mantenía relación de pareja con Flora , conviviendo ambos en el mismo domicilio, sito en DIRECCION000 en la c/ DIRECCION001 núm. NUM001 , NUM002 . Igualmente, en el mismo domicilio convivían dos hijos de la Sra. Flora , fruto de relaciones anteriores de la misma, llamados Moises , nacido el NUM003 de 1992, quien debido a su discapacidad residía en un centro de DIRECCION002 de Lunes a Viernes, y Eugenia , nacida el NUM004 de 2000, así como el hijo común de ambos, Alfonso , desde que el mismo nació el NUM000 de 2010.

»Casi desde el principio de empezar esta convivencia en aquella época, Evaristo , aprovechándose de su condición de pareja de la Sra. Flora , y con el fin de satisfacer sus deseos libidinosos, se acercaba en repetidas



ocasiones a Eugenia tocándole los genitales por encima o por debajo de la braga, o, tras quitársela, frotando su pene contra ella y cogiendo la mano de la niña para llevarla a sus propios genitales diciéndole que le lamiese allí.

»Entre otros muchos hechos, se produjeron los siguientes:

»Un día, coincidiendo con el cumpleaños de Evaristo y aprovechando la ausencia de la madre, éste cogió a la niña y la llevó a su habitación, enseñándole imágenes de chicos y chicas desnudos, seguidamente él se desnudó y enseñó a Eugenia un preservativo, explicándole su utilidad, se lo colocó y, tras masturbarse, eyaculó, diciéndole a la niña que eso se llamaba leche; a continuación le quitó la braga a Eugenia y la tiró sobre la cama, tocándole con el pene por la zona genital, mientras le cogió la mano con tres dedos para que la niña le tocara los genitales al tiempo que le decía que le lamiese, lo que Eugenia no hizo, quedando Evaristo abrazado a la menor hasta que llegó su madre.

»Otro día, en verano, Evaristo cogió a Eugenia y la colocó sobre el mismo en el sofá, momento en que ella le mordió en un brazo, evitando así los tocamientos del acusado en esa ocasión.

»Poco antes de nacer el hermano pequeño de Eugenia, aprovechando que su madre estaba ingresada en el hospital, cuando Eugenia llegó del colegio, la cogió Evaristo y tras quitarle el chándal y la braga empezó a tocar los genitales de la niña con los dedos al tiempo que se masturbaba y jadeaba, diciéndole Eugenia repetidas veces que parara, que se lo iba a decir a su madre, dejándola finalmente Evaristo.

»Como consecuencia de los hechos descritos, Eugenia sufre una neurosis postraumática que ha ido derivando en depresión, continuando actualmente a tratamiento».

«FALLAMOS

»En atención a todo lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra ha decidido:

»Primero. Condenar al acusado Evaristo como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, ya definido, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

»Segundo.- Imponer al acusado Evaristo la pena de cinco años y seis meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

»Asimismo, se impone al acusado la pena de prohibición de aproximarse a la persona de Eugenia, al lugar en el que resida o cualquier otro lugar frecuentado por la misma en una distancia de 300 metros, así como la prohibición de comunicación con ella por cualquier medio, durante diez años.

»Tercero.- Condenar al acusado Evaristo a indemnizar a la menor Eugenia en la cantidad de 10.000 euros.

»Cuarto.- Imponer al acusado las costas procesales del procedimiento, incluidas las de la acusación particular».

SEGUNDO .- *Motivos primero y segundo de la casación.*

Motivo primero.- Por infracción del art. 170 del CC en relación con el 154 del mismo texto legal y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias como las de 11 de octubre de 2004 (Rec. 5226/1999) y 9 de noviembre de 2015 (Rec. 1754/2014).

Motivo segundo.- Por infracción del art. 39.3 y 4 de la Constitución Española, en relación con el art. 3.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, y del art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, así como la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo recogida en sentencias como las de 25 de abril de 2011 (Rec. 646/2008), 6 de febrero de 2012 (Rec. 36/2012) y 6 de junio de 2014 (Rec. 718/2012).

Se estiman los motivos.

El recurso fundamentalmente se centra en la necesidad de casar la sentencia, pues la parte recurrente no está de acuerdo con que la privación de la patria potestad sea meramente temporal, al limitarla la Audiencia Provincial hasta la extinción íntegra de la pena, alegando la recurrente que se infringe la doctrina jurisprudencial.

Esta Sala en sentencia 621/2015, de 9 de noviembre, declaró:

« 1. El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de



su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de 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.

»2. Recuerda la Sala en la sentencia de 6 junio 2014, Rc. 718/2012 , que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil , pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre 1996 ; 10 noviembre 2005)".

»3. A la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la Sala (STS de 6 febrero 2012, Rc. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, "[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho" (STS 523/2000, de 24 mayo). Como afirmábamos antes la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 CC , requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo , dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 CC y la variabilidad de las circunstancias "exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]."

»Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor.

»Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

»Aplicando tales criterios la STS 998/2004, de 1 de octubre , confirmaba una sentencia de privación de la patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo)».

En la misma línea la sentencia 711/2016, de 25 de noviembre , en supuesto de homicidio en grado de tentativa de la esposa, que provocó la privación de la patria potestad de la hija.

De la referida doctrina jurisprudencial se deduce que en la sentencia recurrida no se han seguido las pautas jurisprudencialmente establecidas, pues constando la condena por abusos sexuales de la hija habida por su pareja en anterior relación, no se necesita un especial esfuerzo de razonamiento para concluir que Alfonso , hijo del Sr. Evaristo y hermano de vínculo sencillo de Eugenia , está sometido a un grave riesgo, ante la falta trascendental de incumplimiento de sus obligaciones de respeto y cuidado para con la menor hija de Dña. Flora .

Quien ha incurrido en una grave agresión sexual a la hija de su pareja pone en un riesgo y peligro cierto a su propio hijo, con el que convivió escaso tiempo en régimen familiar con Dña. Flora y Eugenia .

Se ha acreditado que el Sr. Evaristo no reúne las características propias de un buen padre de familia, por lo que se afectaría gravemente el interés de su propio hijo si se permitiese el ejercicio de la patria potestad por quien es evidente que no está capacitado para el cumplimiento de las obligaciones de cuidado y respeto de un menor (art. 170 del C. Civil).

Para la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión o incumplimiento de deberes tenga como sujeto pasivo directo al hijo, sino como se refiere en las sentencias citadas, también se puede inferir de la agresión a la madre o, como en este caso, a una hermana.

Cabe añadir finalmente, que la sentencia citada por la sala de apelación como fundamento a su decisión de privación temporal de la patria potestad durante el tiempo de cumplimiento de condena (sentencia de 20 de enero de 1993, recurso núm. 2395/1990) no acogió esta solución, sino que mantuvo la privación de la patria potestad acordada en primera y segunda instancia en relación con la demanda de privación de patria potestad promovida por el abuelo materno de los hijos menores frente a su progenitor, en prisión provisional sujeto a causa penal por delito de parricidio en la persona de su esposa.



Por lo expuesto, procede casar la sentencia recurrida por infracción de la doctrina jurisprudencial expresada, dictando otra sentencia en su lugar por la que se confirma íntegramente la sentencia de 29 de abril de 2015 del juzgado de primera instancia núm. 5 de DIRECCION000 (procedimiento 1246/2014).

TERCERO .- *Costas*.

Estimado el recurso no procede imposición de costas de la casación. Se acuerda la devolución del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Flora contra sentencia de 12 de febrero de 2016 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra .

2.º- Casar la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar por la que se confirma íntegramente la sentencia de 29 de abril de 2015 del juzgado de primera instancia núm. 5 de DIRECCION000 (procedimiento 1246/2014).

3.º- No procede imposición de costas de la casación. Se acuerda la devolución 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.

José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller

Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz