

REFLEXIONES ACERCA DE LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA LA PATRIA POTESTAD: POSIBILIDAD DE INSTAURAR UN RÉGIMEN DE VISITAS

Cristina Callejón Hernández
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2018
Fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2018

RESUMEN: La inhabilitación especial para la patria potestad, ubicada en el artículo 46 del Código Penal, conlleva la pérdida de los derechos inherentes a dicha institución, subsistiendo las obligaciones. El régimen de visitas o régimen de comunicación se configura como un derecho-deber para los progenitores y un derecho pleno para los hijos. Si ello es así, ¿la pena de inhabilitación especial para la patria potestad comporta inexorablemente la ruptura de los vínculos afectivos entre padres e hijos?

ABSTRACT: The revocation of parental responsibility can be found in Article 46 of the Criminal Code. It implies that the convicted loses all the rights related to parental responsibility, although the duties remain. Contact is considered to be a right and duty for parents and an absolute right for children. Thus, does revocation mean a complete breakdown between parents and children?

PALABRAS CLAVE: patria potestad, inhabilitación especial, privación, régimen de visitas, padres, hijos, interés superior del menor.

KEYWORDS: parental responsibility, revocation, contact, parents, children, welfare of the child.

1. INTRODUCCIÓN

Las ramas del Derecho no pueden concebirse como compartimentos estancos de forma que cada una rija solo y exclusivamente en materias propias de su ámbito, sino que se producen intersecciones entre ellas, lo que propicia un enriquecimiento del Ordenamiento jurídico a la par que un aumento de la complejidad de la ciencia jurídica. Por consiguiente, a veces será necesario acudir a normas de otras áreas y cuerpos normativos al objeto de aportar un contenido lógico y razonable a la normativa que esté siendo analizada en cada caso concreto.

Un buen ejemplo de estas situaciones serían las injerencias que se originan entre la rama civil y penal del Ordenamiento jurídico español. Por momentos, el penalista deberá acudir a la normativa civil para completar el significado de la norma penal, y viceversa. Ello es lo que ocurre cuando quiere abordarse el estudio de las penas de privación e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. A pesar de que el Código Penal aporta una breve definición acerca del contenido de estas penas, la remisión a las normas civiles parece inevitable, toda vez que es en la rama civil donde puede encontrarse una regulación extensa y detallada de cada una de estas instituciones jurídicas.

Lo que se pretende en este estudio es analizar la normativa civil relativa a la figura de la patria potestad con la finalidad de obtener una interpretación plausible de la pena de inhabilitación especial prevista en el artículo 46 del Código Penal (CP en adelante) con la intención de otorgar una respuesta a un interrogante muy concreto: ¿constituye la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad una ruptura total de las relaciones entre padres e hijos o, por el contrario, se podría compatibilizar con un régimen de comunicación?

2. LA INSTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Existen innumerables definiciones doctrinales del término “patria potestad”. Podría decirse que engloba el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de sus hijos no emancipados como medio para realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar la prole¹; o la institución protectora del menor por excelencia, en virtud de la cual el Derecho concede a los padres un conjunto de facultades dirigidas a proteger a sus hijos en el ámbito personal y patrimonial².

Aunque no toda la doctrina confluye en la importancia de la distinción, el Código Civil (en adelante, CC) distingue entre titularidad y ejercicio de la patria potestad. Se ha sugerido que la titularidad implica la pertenencia o posesión en abstracto de los deberes y facultades que integran la patria potestad, mientras que el ejercicio supone la participación en la toma de decisiones de la vida del menor³.

El art. 154 CC indica *ab initio* que los hijos no emancipados se encuentran bajo la patria potestad de los progenitores, de lo que se extrae que la titularidad de la misma corresponde a ambos por igual. La patria potestad es una institución con un contenido muy concreto, pues el referido artículo señala que se traduce en las siguientes facultades y deberes: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes.

Dicho art. 154 debe completarse con el extenso art. 156 CC, que hace referencia a la forma en que ha de ejercerse la patria potestad. Así, en principio, la patria potestad será ejercida por ambos progenitores o por uno de los dos pero con el consentimiento del otro, suponiéndose válidos los actos de la vida cotidiana o en situaciones de emergencia llevados

¹ J. M^a CASTÁN, *La patria potestad*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pp. 9 y 10.

² M. J. MONFORT, “Algunas cuestiones civiles en torno a la sustracción de menores”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 118.

³ A. M. ECHARTE, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000, pp. 63-64.

a cabo por uno de ellos. Ahora bien, si surgen desavenencias, los progenitores podrán acudir a la vía judicial para que sea esta quien aporte una solución para ese conflicto de intereses puntual que surge en la pareja. Sin embargo, si esas desavenencias no son ya puntuales sino que se convierten en un criterio general, la autoridad judicial puede, o bien otorgar el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los progenitores, o bien dividir las funciones entre ambos. Finalmente, se establecen dos casos por los cuales la patria potestad será ejercida por un solo progenitor: cuando el otro quede incapacitado o imposibilitado para ejercerla o, y este es el supuesto que aquí interesa, cuando la pareja vive separada, en cuyo caso la patria potestad será ejercida por el progenitor con el que el hijo conviva, a salvo el derecho del Juez de conceder la custodia compartida si así lo estima pertinente.

Una posible explicación al porqué del cese del ejercicio conjunto cuando una pareja se separa podría ser que en casos de separación, nulidad o divorcio, los padres siguen siendo titulares de la patria potestad pero un ejercicio conjunto sería difícil o, incluso, imposible, dada la mayor dificultad para alcanzar un acuerdo⁴. Y es que, pese a que efectivamente una crisis de pareja puede implicar una gran dificultad a la hora de alcanzar pactos relativos a los hijos comunes, ello no supone que alguno de los progenitores pierda la titularidad de la patria potestad, sino simplemente que las decisiones atinentes a la vida de los hijos serán adoptadas por el progenitor conviviente, quedando a salvo el derecho del otro de solicitar judicialmente un cambio en caso de estimarlo necesario.

Si bien esta explicación pudiera resultar razonable, lo cierto es que el tema adquiere mayor complejidad si ponemos el art. 156 CC en relación con el art. 92 del mismo cuerpo normativo. Encontrándose el primero de ellos en sede de las relaciones paterno-filiales y el segundo en sede de la institución matrimonial, ambos preceptos parecen reflejar una regulación contradictoria. De este modo, el art. 92 CC determina que los padres pueden acordar que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, decisión que también puede adoptar el juez en beneficio de los hijos. De este precepto aparentemente se extrae la idea de que se parte de la base de un ejercicio conjunto, salvo decisión o pacto en contrario. Por consiguiente, el art. 156 CC instituye un ejercicio exclusivo por parte del padre o la madre que convive con el hijo, salvo que se solicite la custodia compartida; mientras que el art. 92 CC posee como punto de partida un ejercicio compartido, salvo que se acuerde lo contrario⁵.

La doctrina civilista, tras plantear el problema de la contradicción entre los dos preceptos, ha llegado a una conclusión excluyente en el sentido de que, con independencia de cuál pueda ser la regla general, cabe la opción de atribuir el ejercicio exclusivo al padre que conviva con el hijo, establecer una custodia compartida o realizar una distribución de funciones, sin que quepa atribuir dicho ejercicio exclusivo al progenitor que no convive con los hijos⁶.

En otro orden de cosas, también se ha intentado explicar semejante contradicción mediante la identificación del art. 156 CC con casos de separaciones de hecho o de inexistencia originaria de convivencia, pues en el momento en que aparece una sentencia judicial de separación, divorcio o nulidad, el juez ya ha homologado el convenio regulador elaborado por las partes o ha tomado la decisión que haya considerado oportuna⁷.

Más concretamente, se trata de supuestos en los que un niño convivió en algún momento con ambos padres, modificándose la convivencia con posterioridad y quedando el menor con

⁴ M. J. MONFORT, "Algunas cuestiones civiles...", *cit.*, nota 2, pp. 119-120.

⁵ De la misma opinión es M. J. MONFORT FERRERO, *Ibidem*, pp. 121-122.

⁶ M. J. MONFORT, *Ibidem*, p.122.

⁷ P. LÓPEZ, J. RUIZ, y J.C. PERALTA, "La patria potestad", en R. ARANDA RODRÍGUEZ (coord.), *Practicum Familia 2016*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2015, p. 10/115. Recurso electrónico disponible en <https://0-proview.thomsonreuters.com.avalos.ujen.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F160799513%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41900000153c6900f89ed567c14#sl=0&eid=51daf3b2e87f4ee26bedb1ce41368742&eat=%5Bbid%3D%2232%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false> (Acceso el 20 de mayo de 2018).

uno de ellos, consintiendo el otro dicha situación expresa o tácitamente; o de casos en los que el niño convive con el único progenitor respecto del cual se ha determinado la filiación⁸.

Si ya de por sí esta cuestión es compleja, sobre todo cuando la legislación se caracteriza por ser contradictoria, tras distinguir entre titularidad y ejercicio (posesión del derecho a decidir y posibilidad efectiva de tomar las decisiones más importantes que afectan a los hijos no emancipados), dicha complejidad aumenta cuando introducimos en la amalgama de conceptos otro nuevo, a saber, el de guarda y custodia.

La guarda y custodia, como su propio nombre indica, se refiere a aspectos relativos al hecho de poseer la custodia, por lo que englobará las decisiones concernientes a la vida diaria del menor, a cuanto respecta a la convivencia física. Por ello, la doctrina sugiere que quien no haya sido privado de la patria potestad o a quien se haya atribuido su ejercicio tiene derecho a formar parte del proceso de la toma de decisión acerca de cuestiones relevantes; por el contrario, las pequeñas cuestiones del día a día afectan a quien tiene atribuida la guarda y custodia, por lo que no es necesario contar con el consentimiento del otro progenitor aunque este ostente el ejercicio de la patria potestad⁹.

La guarda y custodia es una institución que obedece al interés que supone aportar una solución acerca de con quién debe residir el niño una vez que los padres deciden poner punto y final a la relación sentimental, pues si algo ha de primar en este tipo de situaciones es, sobre todo, el interés superior del menor. Por ello, se hace necesario que exista una resolución judicial que aclare estas cuestiones, que atribuya al niño una residencia fija.

Por esta razón, se ha puesto de manifiesto que un cese de convivencia no altera por sí mismo el ejercicio de la patria potestad más allá de la disminución inevitable del tiempo de compañía de los menores, en tanto en cuanto ese tiempo será mayor para el custodio y menor para el no custodio, que solo podrá disfrutar de ellos durante el régimen de visitas o de comunicación, por lo que ostentar la custodia no otorga más derechos sobre el niño¹⁰.

3. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN

La doctrina sitúa el origen del derecho de visita (término ya en desuso, prefiriéndose hoy en día la expresión “derecho a mantener relaciones personales con el hijo” o, simplemente, “derecho de comunicación”) en el siglo XIX, cuando la Jurisprudencia francesa reconoció por primera vez un derecho de tales características a los abuelos de un menor en la sentencia de la *Cour de cassation* de 8 de julio de 1857¹¹.

Por lo que respecta a la legislación española, el derecho de visita se recogió por primera vez en la Ley del Divorcio de 1932 y sufrió varias idas y venidas hasta quedar configurado en el año 1981 tal y como se conoce en la actualidad.

Por cuanto concierne a su configuración, un sector doctrinal considera que el derecho de comunicación pivota sobre dos grandes ejes: por un lado constituye un derecho-deber para los padres y, por otro, es un derecho de los hijos¹². Asimismo, constituye un derecho pleno para el menor pero no así para el progenitor, por lo que aquel podría tanto renunciar al mismo como solicitar una ampliación del régimen vigente¹³.

En vista de que el derecho de comunicación se configura como un derecho pleno para el menor, cabría preguntarse qué ocurriría en caso de ser el padre inhabilitado para el

⁸ M. YZQUIERDO, “La patria potestad”, en M. YZQUIERDO y M. CUENA (dir.) *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. 4, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 81.

⁹ M. J. MONFORT, “Algunas cuestiones civiles...”, *cit.*, nota 2, p. 125.

¹⁰ F. J. GARCÍA, “Guarda y custodia compartida: La Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código civil”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 37, 2006, p. 80.

¹¹ F. RIVERO, “El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria”, en P. VILADRICH (dir.) *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales: teoría y praxis*, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982, p. 44.

¹² A. M. ECHARTE, “Patria potestad en situaciones...”, *cit.*, nota 3, p. 113.

¹³ A. M. ECHARTE, “Patria potestad en situaciones...”, *cit.*, nota 3, pp. 115-118.

ejercicio de la patria potestad, dado que dicha figura implica la pérdida de los derechos pero la subsistencia de las obligaciones. En otras palabras, si el hijo tiene derecho a mantener una relación personal y afectiva con los padres, ¿puede una inhabilitación suponer la pérdida de ese derecho? La respuesta se hallará en las siguientes líneas, aunque puede adelantarse que el derecho de visita o de comunicación solo debería denegarse cuando se hallen circunstancias de tal gravedad que desaconsejen realmente la existencia de una relación afectiva entre los hijos y el padre no custodio¹⁴.

4. LA PENA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

El art. 46 CP recoge dos penas distintas pero relacionadas entre sí, a saber, la inhabilitación especial y la privación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento. El precepto señala la diferencia entre ellas, de manera que la primera supone la privación de los derechos inherentes a la patria potestad o la extinción del resto de figuras, al igual que la incapacidad para obtener un nombramiento para alguno de dichos cargos; y la segunda implica directamente la pérdida de la titularidad. En cualquier caso, siempre van a subsistir los derechos de los que sea titular el hijo del penado. Aunque el propio art. 46 CP no lo mencionase, también el art. 110 CC indica que los padres siempre quedan obligados a velar por sus hijos y a prestarles alimentos, pese a no ostentar la patria potestad.

Por consiguiente, la inhabilitación priva del ejercicio mientras que la privación priva de la titularidad. Es por ello que esta última solo se encuentra prevista para los delitos de mayor gravedad, como los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 192.3 CP).

El hecho de que la inhabilitación priva del ejercicio se extrae del contenido que el Código Penal le otorga (pérdida de los derechos inherentes a la patria potestad). Este es también el sentido por el que opta la doctrina. Así, señala DOMÍNGUEZ IZQUIERDO que la inhabilitación para la patria potestad se refiere, en puridad, aunque mal designado, a un supuesto de inhabilitación para su ejercicio, ya que solo priva de la posibilidad de desplegar las facultades que corresponden en relación con los hijos mencionados en la sentencia y durante el tiempo de la condena, sin que ello suponga la pérdida del título¹⁵.

Por otra parte, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad recuerda más a un supuesto de suspensión, dado que consiste en una paralización del ejercicio durante el tiempo marcado en la sentencia judicial, continuando una vez transcurrido ese plazo de tiempo¹⁶.

De hecho, aunque el Código Penal se limite a establecer supuestos de inhabilitación y privación para el ejercicio de la patria potestad, el Código Civil sí que contempla casos de suspensión con efectos muy similares a los que produce la inhabilitación penal, quiere decirse, la subsistencia de la titularidad pese a la pérdida del ejercicio, de manera que los padres siguen siendo titulares de la patria potestad si bien el ejercicio es desarrollado por otras personas o entidades. Esto ocurre, por ejemplo, en el art. 172.1 CC, en sede de guarda y acogimiento de menores, donde se prevé que una entidad pública adquirirá la tutela del menor (lo que implicará la suspensión de la patria potestad), mientras que la titularidad continuará atribuida a los progenitores.

¹⁴ También en este sentido C. ROGEL VIDE, en R. BERCOVITZ (coord.) *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, 1993, Madrid, p. 261.

¹⁵ E. DOMÍNGUEZ, “Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, Época II, mayo 2014, p. 172.

¹⁶ En el mismo sentido A. JAREÑO, “La pena de multa y las penas privativas de derechos en el Código Penal de 1995” en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, segundo volumen, Universitat de Valencia, Institut de Criminologia, Valencia, 1997, p. 76.

Gran parte de la doctrina penalista sitúa el criterio distintivo entre la inhabilitación especial y la privación en el tiempo de la condena, siendo la primera temporal y la segunda definitiva¹⁷. Aunque resulta evidente que ello es así, constituyendo, por tanto, la diferencia principal, debe recordarse también que la privación implica la pérdida de un título que se mantiene en la inhabilitación.

La privación penal presenta un carácter irreversible que ni siquiera presenta la privación civil, pues esta última sí puede ser revocada, estableciendo el art. 170 CC la posibilidad de privar total o parcialmente al padre o a la madre por sentencia judicial y de recuperar la patria potestad posteriormente si desaparece la causa que motivó la privación. Sin embargo, en el supuesto de la inhabilitación, el ejercicio se reanuda automáticamente cuando transcurra el plazo marcado en la sentencia.

Donde coinciden ambas ramas (penal y civil) es en el extremo de reservar la institución de la privación para supuestos de gravedad suprema, dado el alcance de las mismas y las consecuencias tan trascendentales que implica. Por ello, la doctrina civilista señala dos requisitos fundamentales para la imposición de la privación civil para la patria potestad: la existencia y subsistencia probada de una causa grave que justifique su adopción; y la razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de la misma para salvaguardar los intereses del menor¹⁸. Nunca debe producirse una privación de manera automática, sino que debe valorarse en cada caso el interés del niño¹⁹.

También la Jurisprudencia se muestra cautelosa y reacia a privar a los padres de la patria potestad sobre los hijos. Esto se concede única y exclusivamente cuando no existe otra salida posible atendiendo al beneficio de los menores en juego, requiriéndose un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia que se traduzca en un daño o peligro grave y actual para aquellos²⁰. Por tanto, siempre es una medida adoptada en beneficio de los hijos²¹.

No obstante, la naturaleza de ambas figuras es distinta, pues la privación penal es claramente de corte punitivo, mientras que la privación civil, bien que existen autores que defienden su carácter sancionador²², es considerada mayoritariamente una institución de protección hacia el menor²³. El criterio jurisprudencial comparte dicha posición, mencionando que la privación civil para la patria potestad no se configura como una sanción por el incorrecto ejercicio de la misma, sino como un remedio frente a la situación de desamparo en la que pueden encontrarse los menores no emancipados²⁴.

Habría sido deseable que el legislador hubiese reflejado en la ley penal un paralelismo con la ley civil, de manera que la privación para el ejercicio de la patria potestad pudiera revocarse si se cumplieren los mismos requisitos previstos con motivo de la revocación de la privación civil. Sin embargo, el sentir del legislador ha consistido en otorgar un tratamiento diferenciado para ambas privaciones, de modo que la privación penal presenta un carácter de irrevocabilidad, al no haberse previsto expresamente un mecanismo de recuperación ni tampoco una remisión a la legislación civil en tal sentido.

¹⁷ Vid. E. DOMÍNGUEZ, "Cuando la pena...", *cit.*, nota 15, p. 174.

¹⁸ P. LÓPEZ, J. RUIZ y J.C. PERALTA, "Patria potestad", *cit.*, nota 7, p. 10/340.

¹⁹ E. RUIZ, "Filiación, patria potestad y proceso en la Ley de 13 de mayo de 1981", *Justicia*, núm.2, 1982, p.33.

²⁰ SAP Cádiz núm. 25/2016, de 26 de enero; STS núm. 848/1996, de 18 de octubre; STS núm. 900/2005, de 10 de noviembre.

²¹ La SAP Alicante núm. 59/2016, de 12 de febrero, establece que *la privación de la patria potestad ha de reputarse excepcional por su gravedad y aplicarse únicamente en casos extremos, siendo necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor en evitación de un perjuicio para el mismo.*

²² M. YZQUIERDO, "La patria potestad...", *cit.*, nota 8, p. 162.

²³ Vid., J. CASTÁN, "La patria potestad", en V. GARRIDO DE PALMA (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Vol.2, tomo IV, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015, pág. 273; E. ABAD, "Notas sobre la privación de la patria potestad en el Derecho Común" en F. BLASCO *et al* (coord.) *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 36.

²⁴ SAP Vizcaya recurso número 208/1999 de fecha 22 de enero de 2001; STS núm. 384/2005, de 23 de mayo; STS núm. 315/2014, de 6 de junio.

5. LA COMPATIBILIDAD DE UNA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD CON UN RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN

La inhabilitación especial para la patria potestad no supone una pérdida de la titularidad, solo del ejercicio, por lo que la pena llegará a su fin una vez transcurra el periodo de tiempo fijado en la resolución judicial (salvo que el hijo menor alcance la mayoría de edad con anterioridad a ese momento, lo que provocaría la extinción de la institución). Por ende, si las relaciones paterno-filiales se encuentran destinadas a retomarse, un sistema de comunicaciones entre padres e hijos, con mayor o menor grado de control en función del riesgo existente, no parece disparatado, siempre y cuando el interés superior del menor aconseje la subsistencia de las relaciones de los hijos menores con el penado.

La doctrina (con algunos opositores²⁵) defiende el establecimiento de un régimen de visitas aun cuando el progenitor ha sido privado civilmente debido a que este sigue obligado a cumplir los deberes para con los hijos²⁶. Por tanto, quien puede lo más, puede lo menos. Si es posible defender que un régimen de comunicación tiene sentido en supuestos de privación civil, de mayor gravedad a efectos prácticos que la inhabilitación penal (dado que aquella sí que supone la pérdida de la titularidad), no así que la privación penal (pues esta es definitiva e irrevocable), debería también defenderse el establecimiento de un régimen de visitas para el caso de ser inhabilitado penalmente para el ejercicio de la patria potestad.

Es posible encontrar Jurisprudencia que imponga un régimen de comunicación entre los hijos y los padres privados de patria potestad cuando se estima necesario en atención al interés superior de los menores²⁷. Del mismo modo, cuando dichas relaciones no son aconsejables, los tribunales no dudan en suspender el régimen de comunicación²⁸.

También la doctrina penalista ha defendido que la inhabilitación penal para el ejercicio de la patria potestad no rompe el vínculo con el progenitor penado, pues el derecho del menor a relacionarse con el padre o la madre no se ve afectado por el hecho de la inhabilitación²⁹.

No obstante, no solo pueden aportarse elementos lógicos en el sentido de que sería favorable mantener esa relación personal y afectiva dado que la pena va a extinguirse automáticamente al término del plazo estipulado en sentencia, reanudándose nuevamente las relaciones entre padres e hijos, por lo que sería aconsejable conservarlas durante el transcurso de aquella para no dificultar la vida del menor (que de repente se ve privado de la compañía del padre o de la madre y, cumplida la pena, se encuentra otra vez sujeto a la patria potestad de ese progenitor, salvo que sea mayor de edad), todo ello siempre y cuando el interés superior del menor no dicte otra cosa, pues si se percibe que la subsistencia de relaciones puede ocasionar un perjuicio al niño, estas deberán ser eliminadas.

También cabe mencionar argumentos jurídicos y es que el art. 160 CC determina expresamente que los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aun cuando estos no ejerzan la patria potestad. Dado que no se alude a ningún motivo concreto por el cual esta no se esté ejerciendo, debe entenderse que el precepto se refiere a cualquier

²⁵ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La patria potestad y la filiación en la ley foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la compilación del Derecho civil foral o fuero nuevo de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 6, fascículo 2, 1988, p. 93.

²⁶ E. ABAD, “Notas sobre la...”, *cit.*, nota 23, p. 30; F. RIVERO, “El derecho de...”, *cit.*, nota 11, p. 67.

²⁷ A modo de ejemplo, puede citarse la SAP Alicante núm. 59/2016, de 12 de febrero, que estima parcialmente un recurso de apelación dictada contra una resolución judicial que determinaba la privación civil de la patria potestad contra un progenitor, suprimiendo igualmente el régimen de visitas, en el sentido de mantener dicha privación pero con la subsistencia de las relaciones personales y afectivas con respecto a la hija y ello porque *la ruptura de relaciones con su progenitor podría producir una situación irreversible en la relación paterno-filial*.

²⁸ La SAP Murcia núm. 137/2007, de 7 de mayo, priva de la patria potestad al tiempo que suprime el régimen de comunicaciones para un progenitor al sufrir este un trastorno psicótico que suponía un riesgo para la integridad física del hijo, al igual que existía la posibilidad de que el padre utilizara al menor como arma contra la madre o que cometiera un delito de sustracción de menores (art. 225 bis CP); la STS núm. 998/2004, de 11 de octubre, niega el régimen de visitas a un progenitor privado de la patria potestad con base en el desinterés patente de aquel con respecto a su hija.

²⁹ P. LLORIA, “La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar”, en P. LLORIA (dir.) *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 70.

supuesto de no ejercicio. Precisamente la pena de inhabilitación supone la privación del ejercicio, no así de la titularidad, por lo que podría incluirse en la descripción del precepto.

Según este artículo, a pesar de no ejercerse la patria potestad, el progenitor mantiene el derecho a relacionarse con los hijos, salvo que exista una resolución judicial en contrario, lo que podría interpretarse como una exigencia de que no basta con una condena de inhabilitación especial, sino que es necesario una resolución judicial que establezca que el interés superior del menor pasa por dejar de mantener una relación afectiva con el progenitor privado del ejercicio.

La base del art. 160 CC no es otra que la configuración de la relación como un derecho del menor, en ningún caso se alude al derecho de los progenitores de relacionarse con los hijos. Por tanto, si la inhabilitación para la patria potestad conlleva la privación temporal de todos los derechos que surgen de esta pero continúan subsistiendo las obligaciones, si el régimen de visitas o de comunicación se configura como un derecho para el menor, el progenitor, aun privado de ejercicio, debe cumplir con la obligación de satisfacer el derecho del hijo a relacionarse con él (si ello es aconsejable).

El Código Civil trata hasta tal punto de evitar que se pierda todo contacto entre progenitor e hijo menor, que incluso propugna en el mismo precepto que, salvo que el interés superior del segundo marque lo contrario, se debe facilitar un régimen de visitas en caso de que el progenitor se encuentre privado de libertad, sin especificar diferencia alguna en función del delito cometido. Obviamente, esto no ocurrirá en casos en los que el progenitor haya atentado directamente contra la vida, la salud física o psicológica o la indemnidad sexual del menor, puesto que en tales supuestos el interés superior de aquel será, por regla general, mantenerse alejado del progenitor en cuestión.

Por tanto, para eliminar el régimen de visitas, lo ideal sería que se exigiese un perjuicio para el niño. Ello también ha sido defendido por algún sector doctrinal que aboga por la subsistencia de dicho régimen incluso aunque no aporte utilidad alguna para el hijo, quiere decirse, cuando el mismo no le haga bien ni mal, con tal de que no suponga un perjuicio efectivo³⁰.

Empero, no debe perderse de vista que el sujeto ha sido inhabilitado para el ejercicio de la patria potestad por la vía penal a causa de la comisión de un delito que conlleva dicha pena, principal o accesoria. Por consiguiente, no se puede reconocer el mismo grado de libertad para relacionarse con los hijos que en el supuesto de no existir pena alguna. La respuesta a la pregunta acerca de si un sujeto inhabilitado para la patria potestad puede seguir manteniendo una relación afectiva o personal no tiene por qué pasar por ser que el progenitor tiene derecho a seguir llevándose a los hijos menores para disfrutar de su compañía, ni tampoco que ha perdido completamente tal derecho, pues existen mecanismos intermedios. Uno de ellos y, quizá el más idóneo para este tipo de situaciones, son los Puntos de Encuentro Familiares (PEF).

Los Puntos de Encuentro Familiares presentan distintas dosis de seguridad y control, en atención a las necesidades de cada familia. Así, pueden servir simplemente como un punto de recogida y entrega, en aquellos supuestos en los que la relación entre los progenitores es tan negativa que ni siquiera pueden verse para entregarse mutuamente a los niños.

En un segundo nivel, el Punto de Encuentro actúa como una especie de “casa para las visitas”, de manera que el progenitor no custodio puede mantener una relación con sus hijos pero sin abandonar el emplazamiento, lo que se conoce como visitas no tuteladas. Durante el tiempo de visita, el padre puede jugar con los hijos, hablar o conducir la visita como estime oportuno, teniendo como única prohibición, simplemente, el abandono del lugar. Este nivel posee una menor dosis de intimidad con respecto al primero pero continúa existiendo una esfera íntima entre padre e hijo.

En el tercer nivel, el Punto de Encuentro vigilará las visitas entre el progenitor y los hijos, interviniendo única y exclusivamente en caso de que la misma tome un camino inapropiado para el menor (si el progenitor habla de temas inadecuados, realiza comentarios fuera de

³⁰ F. RIVERO, “El derecho de ...”, *cit.*, nota 11, p. 123.

lugar, adopta una actitud agresiva, etc.). Es lo que se conoce como visita tutelada y, a pesar de que aquí la intimidación de que pueden disfrutar padre e hijo es prácticamente nula, el sistema les permite mantener una relación afectiva y no perder el contacto.

Los Punto de Encuentro se conciben, de esta manera y entre los múltiples supuestos para los que se presentan como una herramienta de gran utilidad, como forma de continuar las relaciones entre padres e hijos con posterioridad a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, pues ha quedado sentada la idea de que esta no implica una ruptura total de este tipo de relaciones y es el mejor recurso al que se puede acudir para respetar el doble derecho del menor a mantener una relación con el progenitor y a ser protegido de cualquier riesgo que afecte a su persona.

El recurso al Punto de Encuentro no implica un riesgo superior al que presenta un régimen normal de visitas, antes al contrario, la existencia de un organismo que haga las veces de intermediario siempre revestirá de mayor control las conductas de ambos progenitores.

A estos argumentos a favor de la subsistencia de relaciones entre el inhabilitado y sus hijos podría objetarse la posibilidad de que un régimen de comunicación, que en principio se consideró acorde con el interés superior del menor, puede posteriormente devenir perjudicial. Este inconveniente puede solventarse no solo atendiendo al criterio del interés superior del menor, de manera que cualquier resolución judicial que afecte a un menor ha de ser modificada si deja de ser respetuosa con aquel, sino que también el propio Código Civil, en el art. 94, prevé la limitación o suspensión del derecho de visitas si concurren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumple de manera reiterada un deber impuesto judicialmente. Por lo tanto, el régimen de comunicación no es inmutable, sino que puede variar atendiendo a las necesidades y deseos del menor y, sobre todo, a su interés superior.

Tras toda esta argumentación, debe concluirse que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no implica la pérdida del disfrute del régimen de visitas, salvo que se establezca de manera expresa lo contrario, lo que supone que, a pesar de que el progenitor condenado ya no podrá participar en la toma de decisiones que afecten al hijo menor, sí podrá seguir manteniendo con él una relación personal y afectiva. Y ello no es en absoluto porque el padre o la madre sigan teniendo derecho a relacionarse con sus hijos, antes al contrario, porque dicho derecho es de los hijos y no de los padres.

Bajo mi punto de vista, la jurisdicción penal no tendría competencia para dictaminar un régimen de comunicación tras imponer la pena de inhabilitación. Por ende, el inhabilitado deberá acudir a la jurisdicción civil para solicitarlo (o incluso el propio menor si presenta un grado de madurez suficiente), debiendo el juzgado pronunciarse atendiendo al interés superior del menor.

6. CONCLUSIONES

El Código Penal recoge en el art. 46 dos penas distintas pero interconectadas, a saber, la pena de inhabilitación y de privación para la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento. La primera supone la pérdida del ejercicio de tales instituciones, es de carácter temporal y se recupera automáticamente cuando transcurre el tiempo de la sanción, por lo que parece ser realmente una pena de suspensión; la segunda es de carácter definitivo y por ello implica la pérdida del título y no solo del ejercicio.

La rama civil y la rama penal plantean regulaciones diferentes aunque también concomitantes en esta materia. Así, a pesar de que la privación penal para la patria potestad es de naturaleza sancionadora e irrevocable y la privación civil es de naturaleza protectora hacia los hijos y de posible recuperación si cesa la causa que la motivó, la legislación civil constituye un elemento ineludible a la hora de dotar de contenido a sendas sanciones penales.

De este modo, el art. 160 CC nos sirve de base para establecer la posibilidad de compatibilizar una pena de inhabilitación para la patria potestad con un régimen de visitas, pues establece el derecho de los menores a relacionarse con sus padres aunque estos no ejerzan la patria potestad.

La jurisprudencia civil ha decidido en distintas ocasiones estipular un régimen de comunicaciones entre padres e hijos aun estando los primeros privados de patria potestad, por lo que podría llegar a la misma determinación en supuestos de inhabilitación penal.

Ahora bien, no puede asumirse una regla general de que siempre que un padre se vea inhabilitado deba configurarse un régimen de visitas, ni tampoco una regla general en contrario. Cada caso concreto es distinto, cada menor es diferente y presenta unas necesidades determinadas. Será pertinente analizar lo que a cada menor conviene atendiendo a su interés superior para decidir si la subsistencia de las relaciones afectivas con el penado conllevará efectos positivos o negativos. Si existe cualquier clase de riesgo para el menor dicho régimen habrá de ser rechazado. En caso contrario, podría arbitrarse algún tipo de relación entre padre o madre e hijos, con independencia de que las mismas deban desarrollarse de manera controlada (por ejemplo, en los Puntos de Encuentro Familiares). Si las relaciones no parecen perjudiciales deberían ser mantenidas, sobre todo teniendo en cuenta que la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad posee un principio y un final y podría ser beneficioso para los hijos continuar viendo a sus padres y no perder el contacto, en vista de que posteriormente dichas relaciones se retomarán al finalizar la pena (a menos que el menor alcance la mayoría de edad en un momento anterior). Así las cosas, esta opción de preservar las relaciones podría ser mejor que la de cortar de raíz todo tipo de contacto y recuperarlo “de golpe” al término de la pena, lo que quizá sea más confuso para el niño. De nuevo, todo dependerá del interés superior del mismo, sin que a priori pueda establecerse una prohibición u obligación de comunicación.