

Pronunciamientos de la jurisdicción penal en materia civil (costas, acción civil, responsabilidad parental): competencia internacional, reconocimiento y ejecución

Judgments Given by Criminal Courts on Civil Matters (Costs, Civil Action, Parental Responsibility): International Jurisdiction, Recognition and Enforcement

FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS

Ex Magistrado y miembro de la Red Judicial

DOI: <https://doi.org/10.36151/MDIPR.2023.006>

Bitácora Millennium, Nº 18 (julio-diciembre 2023)

Zaragoza, diciembre 2023

Abstract

En un procedimiento penal se pueden adoptar decisiones de contenido patrimonial (costas, responsabilidad civil) y relativas a la responsabilidad parental. Este trabajo aborda algunas cuestiones que plantea su naturaleza, la competencia internacional para su conocimiento, y el reconocimiento y ejecución de esas resoluciones en otro Estado.

Criminal courts may decide on costs and expenses, civil actions, and matters of parental responsibility. This paper intends to ascertain their civil nature, the State with jurisdiction, and the recognition and enforcement of such judgments in another State.

Palabras clave: Competencia y ejecución. Costas. Procedimiento penal. Acción civil. Responsabilidad parental

Key words: *Jurisdiction and enforcement. Costs and expenses. Criminal proceedings. Civil actions. Parental responsibility*

Sumario

[I. Consideraciones generales sobre costas](#)

[II. La acción civil por delito y las costas](#)

[III. La acusación particular y las costas](#)

[IV. Medidas y penas que afectan a la responsabilidad parental](#)

[1. Competencia](#)

[2. Medidas cautelares en la legislación española](#)

[3. El caso Juana Rivas: suspensión o privación de la patria potestad](#)

[V. Conclusiones](#)

[Bibliografía](#)

I. Consideraciones generales sobre costas*

1. Pronunciada una condena al pago de las costas en un procedimiento incluido en el ámbito de los reglamentos europeos que atañen a la competencia y a la ejecución de resoluciones, son tales reglamentos los que regulan tanto la competencia como el régimen de reconocimiento y ejecución de la condena en otro Estado miembro. En otro caso, a falta de tratado internacional que vincule a ambos Estados –el del foro y el de ejecución–, es de aplicación la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil¹ (en adelante LCJIMC).

2. Lo relevante es no la atribución interna a una determinada jurisdicción (puede ser penal) sino que se trate de materia civil, que incluye asuntos mercantiles y de familia. Conviene recordar que existen controversias atribuidas en nuestro ordenamiento a otras jurisdicciones pero que a efectos del Reglamento 1215/2012² tienen la consideración de materia civil o mercantil. Así, aquellas en que interviene la Administración pero no en ejercicio del *ius imperii*³, las que surjan con motivo de contratos individuales de trabajo (al igual que el art. 1.2 de la LCJIMC) y las acciones por daños y perjuicios o acciones de restitución fundamentadas en un hecho que dé lugar a un proceso penal⁴.

3. Los reglamentos europeos consideran resolución ejecutable “el acto por el cual el secretario judicial liquide las costas del proceso”: el citado 1215/2012 (art. 2.a), así como los de alimentos⁵, responsabilidad parental⁶, sucesiones⁷ y efectos

* fmartinmaz@gmail.com

Fecha de recepción del original: 11 de junio de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 3 de octubre de 2023.

¹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

² Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida).

³ Art. 1.1 del R 1215/2012 y jurisprudencia del TJUE que interpreta este concepto.

⁴ Art. 7.3 del R 1215/2012, sobre competencia:

si se trata de acciones por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que dé lugar a un proceso penal, ante el órgano jurisdiccional que conozca de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil.

⁵ Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, art. 2.2.1.

⁶ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida):

patrimoniales del matrimonio⁸ y de uniones registradas⁹, y en igual sentido se pronuncia nuestra LCJIMC en su artículo 43.a).

4. La referencia a la liquidación proviene de la exigencia de liquidez de la suma por la que se solicita ejecución, que no puede dejarse al arbitrio del tribunal del Estado miembro de ejecución. Naturalmente, cuando la resolución de fondo no se limite a condenar al pago de las costas sino que ya determine su cuantía no es preciso acudir a su posterior liquidación. El certificado que debe acompañar a la resolución contendrá “en su caso”, información pertinente sobre las costas impuestas en el procedimiento¹⁰. En el caso de multas coercitivas para constreñir al cumplimiento de obligaciones personales, el R 1215/2012 exige que la cuantía haya sido fijada definitivamente por el órgano jurisdiccional de origen¹¹, y el mismo criterio ha seguido el Tribunal de Justicia con relación a la orden de retención de cuentas¹² y al cumplimiento del régimen de visitas¹³.

5. El contenido de la condena en costas es meramente pecuniario y, cuando se trata de una sentencia penal, entre los instrumentos europeos para la ejecución de sentencias penales únicamente menciona las costas la Decisión Marco 2005/2004/JAI sobre ejecución de sanciones pecuniarias, pero “siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el procedimiento” y que sean “costas judiciales o gastos administrativos por los procedimientos” (art. 1.b, citado en el apartado 13 de este trabajo). Es decir, solo se aplica a la ejecución en otro Estado de las costas impuestas en estos procedimientos en que no es parte el perjudicado y por aquellas costas, las oficiales.

Artículo 73. Costas. El presente capítulo (reconocimiento y ejecución) se aplicará asimismo a la fijación del importe de las costas de los procesos substanciados en virtud del presente Reglamento y a la ejecución de cualquier resolución relativa a dichas costas.

⁷ Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, art. 3.1.g).

⁸ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, art. 3.1.d).

⁹ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, art. 3.1.e).

¹⁰ Artículo 42.1.b del Reglamento 1215/2012; apdo. 5.3 del Anexo I al Reglamento 4/2009 y los anexos o formularios correspondientes en otros reglamentos.

¹¹ Artículo 54 del Reglamento 1215/2012, siguiendo los antecedentes del Reglamento 44/2001 (art. 49) y el Convenio de Bruselas de 1968 (art. 43), al igual que el art. 49 del Convenio de Lugano.

¹² STJUE de 20 de abril de 2023, *Starkininvest*, asunto C-291/21, ECLI:EU:C:2023:299, sobre el Reglamento (UE) n.º 655/2014, procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas.

¹³ STJUE de 9 de septiembre de 2015, *Bohez*, asunto C-4/14, ECLI:EU:C:2015:563.

6. Con independencia del criterio que siga cada ordenamiento estatal o cada orden jurisdiccional, sea el subjetivo de una actuación dolosa o culposa de la parte, sea el objetivo del vencimiento, no parece existir discusión en que el fundamento de la condena en costas es procesal, que el proceso seguido no cause un perjuicio económico injustificado a quien ha sido parte favorecida por una condena en costas a la contraria. En este sentido, la resolución condenatoria en costas, incluso por el ejercicio de una acción penal, tiene una naturaleza civil encuadrable en el R 1215/2012.

7. En nuestro derecho existe inequívoca jurisprudencia al respecto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, jurisdicción de la que nos estamos ocupando. Un auto de 17 de octubre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:909A) establece rotundamente que *la imposición de las costas procesales a la parte contraria constituye una pretensión de naturaleza civil, aunque se deduzca en el proceso penal*. Este criterio ha sido continuado por sentencias posteriores¹⁴.

8. Respecto a actuaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el auto del Tribunal Constitucional núm. 171/1986, de 19 de febrero (ECLI:ES:TC:1986:171A) sienta que *(l)a utilización prevalente de este último criterio (temeridad o mala fe) no transforma, sin embargo, el instituto de la condena en costas en una figura sancionatoria, sino que simplemente limita, en atención a criterios subjetivos, la responsabilidad del vencido respecto al pago de los gastos del proceso*. Esta declaración tiene carácter general. El auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (sección sexta) de 5 de noviembre de 2011, dictado en recurso nº 187/2018 (ECLI:ES:TS:2020:9817A), citando auto del Pleno de 10 de julio de 2013, considera que *“la condena en costas declara un crédito del favorecido con ella, por lo que el pago de las costas judiciales supone una indemnización a favor de la parte vencedora en el pleito por los gastos ocasionados en un procedimiento judicial. Es una condena en una resolución judicial, constitutiva de la obligación de reembolso y del derecho de reintegro de las costas causadas a un litigante”*.

¹⁴ STS 298/2003, 14 de marzo, ECLI:ES:TS:2003:1766, F.J. vigésimo cuarto: *Partiendo de la inequívoca naturaleza procesal de la condena en costas, cuyo fundamento no es punitivo, sino de resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, esta Sala ha señalado que “la exclusión de las costas de las acusaciones particulares o actores civiles únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua ...*

STS 604/2006 de 30 de mayo, ECLI:ES:TS:2006:3665: *“conforme con la última jurisprudencia que recuerda que la imposición de las costas, más allá de una imposición a modo de un “castigo”, actualmente tiene una naturaleza menos estigmatizante al tener una naturaleza meramente reparatoria/resarcitoria, de los gastos causados a quienes fueron llevados innecesariamente a juicio.*

9. En congruencia con todo ello, en el ámbito penal de la Unión Europea, la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, no considera como tales las indemnizaciones solicitadas por una parte personada ni las costas generadas por su personación. Su artículo 1 define en el apartado b) las sanciones pecuniarias¹⁵ y en él encontramos una doble vía. Por un lado, contempla aquellos sistemas nacionales en que la víctima no puede ser parte civil en el procedimiento penal, caso en que se comprende como sanción pecuniaria no solo la penal sino también la compensación impuesta en la misma resolución en beneficio de las víctimas o de un fondo público o una organización de apoyo a las víctimas, así como las costas originadas por estos procedimientos. Solo cuando la víctima no puede ser parte civil, el reconocimiento en otro Estado miembro de la compensación a la víctima y las costas (las oficiales) se hará conforme a dicha Decisión Marco y, en España, conforme a la Ley 23/2014 que comprende las normas para su aplicación¹⁶.

II. La acción civil en el proceso penal y sus costas

10. Por otro lado, la Decisión Marco recién citada excluye las resoluciones de carácter civil derivadas de una demanda por daños y perjuicios o una restitución, las cuales deben ejecutarse de acuerdo con el Reglamento 44/2001, hoy sustituido por el 1215/2012. Además del español, permiten el ejercicio de la acción civil a

¹⁵ b) «sanción pecuniaria», la obligación de pagar: i) una cantidad de dinero en virtud de una condena por una infracción, impuesta mediante una resolución, ii) una compensación impuesta en la misma resolución en beneficio de las víctimas, siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el procedimiento y el órgano jurisdiccional actúe en el ejercicio de su competencia penal, iii) una cantidad de dinero en costas judiciales o gastos administrativos originados por los procedimientos que conducen a la resolución, iv) una cantidad de dinero a un fondo público o a una organización de apoyo a las víctimas, que imponga la misma resolución. La sanción pecuniaria no incluirá: — órdenes de confiscación de instrumentos o productos del delito, — resoluciones de carácter civil derivadas de una demanda por daños y perjuicios o una restitución y que deban ejecutarse de acuerdo con el Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

¹⁶ El art. 173.2. de nuestra Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, incluye en el ámbito de las sanciones pecuniarias “b) Una compensación en beneficio de las víctimas, siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el procedimiento y el órgano jurisdiccional actúe en el ejercicio de su competencia penal.”

Y en el apartado 3 reenvía a las normas de la cooperación civil:

“3. [...] La sanción pecuniaria tampoco podrá comprender resoluciones de restitución, ni reparación del daño ni la indemnización de perjuicios materiales y morales, determinadas en un procedimiento penal, sin perjuicio de lo previsto en la letra b) del apartado anterior.

Cuando una sentencia dictada en España incluyera una condena de reparación del daño o la indemnización de perjuicios materiales y morales a favor de las víctimas o perjudicados, la autoridad judicial penal española instará su ejecución a través de los mecanismos previstos en las normas de cooperación judicial civil en la Unión Europea.”

instancias del perjudicado¹⁷ otros ordenamientos como los de Portugal, Francia e Italia¹⁸.

11. El hecho de que una resolución sea dictada en un proceso penal no es obstáculo para la aplicación del R 44/2001 ó del 1215/2012. Se aplicará el primero o el segundo (con diferentes regímenes de ejecución) según la acción se haya ejercitado antes del 10 de enero de 2015 o no (art. 66 del R 1215/2012), y el Convenio del Lugano respecto a las relaciones entre los Estados miembros de la Unión y Suiza, Noruega o Islandia.

12. Los citados reglamentos y convenio reproducen el artículo 1 del Convenio de Bruselas de 1968 al disponer que “se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional”. Prevé la competencia del tribunal penal “si se tratare de acciones por daños y perjuicios o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que diere lugar a un procedimiento penal, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho tribunal pudiese conocer de la acción civil”¹⁹.

13. El Tribunal de Justicia ya en la sentencia *Krombach*²⁰ se pronunció sobre la ejecución de una resolución dictada por un tribunal penal francés. Por el fallecimiento de una ciudadana francesa en Alemania, tras ser sobreseído el procedimiento penal en este Estado se inició otro en Francia con base en la nacionalidad de la víctima. El tribunal francés dictó condena por delito de homicidio por imprudencia en sentencia de 9 de marzo de 1995 (a 15 años de prisión) y en sentencia de 13 de marzo siguiente condenó a indemnizar 350.000 FRF como responsabilidad civil²¹. Solicitado el otorgamiento de ejecución de esta última en

¹⁷ Cfr https://e-justice.europa.eu/494/EN/claiming_damages_from_the_offender.

¹⁸ Codice di Procedura Penale italiano, en <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>.

Art. 74. Legittimazione all'azione civile. 1. *L'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'articolo 185 del codice penale può essere esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile.*

Art. 539. Condanna generica ai danni e provvisionale.

1. *Il giudice, se le prove acquisite non consentono la liquidazione del danno, pronuncia condanna generica e rimette le parti davanti al giudice civile.*

2. *A richiesta della parte civile, l'imputato e il responsabile civile sono condannati al pagamento di una provvisionale nei limiti del danno per cui si ritiene già raggiunta la prova.*

¹⁹ Artículo 5.4 en los Convenios de Bruselas y de Lugano y en el Reglamento 44/2001, y 7.3 en el 1215/2012.

²⁰ STJUE de 28 de marzo de 2000, *Krombach*, asunto C-7/98, ECLI:EU:C:2000:16.

²¹ [Cabe dictar el pronunciamiento civil posteriormente: Code de procédure pénale](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000024459224/) francés, en <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000024459224/>.
Article 464.

Alemania, Estado de nacionalidad y domicilio del condenado, el tribunal alemán planteó cuestión prejudicial. El Tribunal de Justicia, sin poner en duda que se trataba de materia civil entonces regida por el Convenio de Bruselas, deniega el otorgamiento de la ejecución por contrariar el orden público, ya que no se permitió al responsable una defensa por abogado a menos que compareciera personalmente.

14. Así pues, las condenas a favor del perjudicado o de la víctima de un delito decretadas por un tribunal penal, sea contra el autor del delito o contra otras personas que la legislación de cada Estado considere civilmente responsables, podrán ser objeto de reconocimiento y ejecución en otro Estado conforme a los Reglamentos y Convenios sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Pueden ser pecuniarias o de restitución. Si incumpliera el condenado una obligación personal durante la ejecución en otro Estado, tanto las multas coercitivas como la sustitución por una ejecución pecuniaria deben fijarse en el Estado donde se dictó la resolución, como se ha expuesto en el inciso final del apartado 4 de este trabajo.

15. En el caso de que la condena penal respondiera al incumplimiento de una obligación de alimentos, el reglamento aplicable a la ejecución de la condena pecuniaria en otro Estado miembro será el 4/2009. La competencia no planteará mayores problemas, pues el delito se cometerá en el Estado de residencia habitual del acreedor o del demandado, y ambos foros competenciales están previstos en su artículo 3.

16. Las resoluciones dictadas para asegurar responsabilidades civiles en un proceso penal son también ejecutables con las condiciones del artículo 2.a del R 1215/2012. No debemos confundir el embargo preventivo de bienes para asegurar responsabilidades civiles con el embargo preventivo a que se refiere nuestra Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. En ella el “embargo preventivo” se limita al “embargo provisional en otro Estado miembro, de aquellos bienes que bien vayan a ser objeto de un

Si le tribunal estime que le fait constitue un délit, il prononce la peine.

Il statue, s'il y a lieu, sur l'action civile, et peut ordonner le versement provisoire, en tout ou partie, des dommages-intérêts alloués.

Il a aussi la faculté, s'il ne peut se prononcer en l'état sur la demande en dommages-intérêts, d'accorder à la partie civile une provision, exécutoire nonobstant opposition ou appel.

Après avoir statué sur l'action publique, le tribunal peut, d'office ou à la demande du procureur de la République ou des parties, renvoyer l'affaire à une date ultérieure pour statuer sur l'action civile, même s'il n'ordonne pas de mesure d'instruction, afin de permettre à la partie civile d'apporter les justificatifs de ses demandes. Ce renvoi est de droit lorsqu'il est demandé par les parties civiles. Le tribunal doit alors fixer la date de l'audience à laquelle il sera statué sur l'action civile. La présence du ministère public à cette audience n'est pas obligatoire. A cette audience, le tribunal est composé du seul président siégeant à juge unique”.

ulterior comiso, o bien vayan a ser utilizados como prueba en juicio”, como bien dice su preámbulo, en concordancia con la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003 que la citada ley incorpora.

III. La acusación particular y las costas

17. La intervención en el proceso penal del particular ofendido y otras entidades, aunque no ejerciten la acción civil, es conocida en determinados ordenamientos como el español, el italiano²² y el portugués²³.

²² Codice di Procedura Penale italiano, en <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>

Art. 90. Diritti e facoltà della persona offesa dal reato. 1. La persona offesa dal reato, oltre ad esercitare i diritti e le facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge, in ogni stato e grado del procedimento può presentare memorie e, con esclusione del giudizio di cassazione, indicare elementi di prova.

Art. 572. Richiesta della parte civile o della persona offesa. 1. La parte civile, la persona offesa, anche se non costituita parte civile, e gli enti e le associazioni intervenuti a norma degli articoli 93 e 94, possono presentare richiesta motivata al pubblico ministero di proporre impugnazione a ogni effetto penale.

²³ Código de Processo Penal – CPP portugués, en <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075>:

Artigo 68. (Assistente). 1 - Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito: a) Os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 16 anos;

Artigo 69. (Posição processual e atribuições dos assistentes)

1 - Os assistentes têm a posição de colaboradores do Ministério Público, a cuja actividade subordinam a sua intervenção no processo, salvas as excepções da lei.

2 - Compete em especial aos assistentes:

a) Intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurarem necessárias e conhecer os despachos que sobre tais iniciativas recaírem;

b) Deduzir acusação independente da do Ministério Público e, no caso de procedimento dependente de acusação particular, ainda que aquele a não deduza;

c) Interpor recurso das decisões que os afectem, mesmo que o Ministério Público o não tenha feito, dispondo, para o efeito, de acesso aos elementos processuais imprescindíveis, sem prejuízo do regime aplicável ao segredo de justiça.

Artigo 74. (Legitimidade e poderes processuais)

1 - O pedido de indemnização civil é deduzido pelo lesado, entendendo-se como tal a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente.

2 - A intervenção processual do lesado restringe-se à sustentação e à prova do pedido de indemnização civil, competindo-lhe, correspondentemente, os direitos que a lei confere aos assistentes.

18. Un auto, dictado el 1 de junio de 2022 por la Audiencia Provincial de Tenerife²⁴, resolvió recurso de apelación contra otro que dictó el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arona el 15 de febrero anterior, por el que inadmitió exequátur solicitado respecto de una sentencia dictada por un tribunal penal italiano por delito de sustracción de menores. Tenían como objeto la solicitud presentada por el actor en el procedimiento penal italiano para ejecutar la condena en costas a su favor, cuantificada en la misma sentencia en 1.500 euros. El motivo de la inadmisión por el Juzgado fue que la parte no atendió el requerimiento que le hizo para que presentara el certificado previsto en el artículo 53 del Reglamento 1215/2012 contenido en su Anexo I. Motivo de recurso era la imposibilidad de hacerlo porque el tribunal italiano comunicó verbalmente que el reglamento solo hacía referencia a las resoluciones de materia civil y mercantil y este era un tema penal. La Audiencia, estimando parcialmente el recurso del solicitante, acuerda concederle un nuevo plazo para que pueda obtener una respuesta motivada del tribunal de origen o solicitar de este el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

19. El objeto de la ejecución, concretado en una cantidad líquida y determinada no como indemnización sino en concepto de costas exclusivamente, suscita la duda de si esas costas responden a la acción civil o a la personación como ofendido por el delito, permitida en el derecho italiano. Tema este novedoso que lleva a preguntarse si unas costas de esta naturaleza constituyen materia civil.

20. Si se trata de que el perjudicado por un hecho ilícito penal no quede perjudicado por los gastos procesales que ha soportado en un procedimiento en que se ha personado contra el autor, facultado por la ley, parece aplicable todo lo escrito en los anteriores capítulos. No se están ejercitando prerrogativas del poder público, excluidas del R 1215/2012. Las costas del actor causadas por una personación a la que tiene derecho, impuestas al condenado penal, no son una pena, una sanción pecuniaria, sino una reparación del perjuicio que ha soportado aquel para afrontar los gastos del proceso que ha resultado en la condena del contrario.

21. La parte no cuenta con otro instrumento para ser resarcido. Se trataría de unos perjuicios derivados de un acto que da lugar a un proceso penal, de manera que responde al supuesto previsto en el artículo 7.3 del R 1215/2012 y su ejecución en otro Estado miembro deberá efectuarse de conformidad con él.

IV. Medidas y penas que afectan a la responsabilidad parental

22. En el ámbito del proceso penal pueden decretarse medidas y penas privativas o limitativas de derechos de naturaleza civil. Contemplaremos las que afectan a las

²⁴ AAP Tenerife sección 3ª núm. 149/2022 de 1 de junio (ECLI:ES:APTF:2022:125A).

relaciones entre padres e hijos menores, a la responsabilidad parental, comprendidas en el R 2019/1111 (antes 2201/2003) y en el Convenio de La Haya de 1996 para la protección de menores, en relación en su caso con el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores y la orden europea de protección, pues los demás instrumentos penales existentes se limitan a las sanciones pecuniarias y a las penas privativas de libertad²⁵.

1. Competencia

23. Se plantea en primer lugar la cuestión de la competencia. No existe norma específica en estas normas internacionales que se refiera al tribunal penal sino una disposición general que prevé su aplicación, independientemente de la naturaleza de la autoridad de origen. El artículo 2.2 del R 2019/1111 (antes 2.1 en el R 2201/2003) define como “*órgano jurisdiccional, todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento*”. Igualmente, el Convenio de La Haya de 1996 en su artículo 5 comprende todas las autoridades judiciales o administrativas competentes para adoptar las medidas de protección de la persona o bienes del menor.

24. Cuando el órgano donde se siga el proceso y pretenda pronunciarse la resolución no corresponda al Estado de residencia habitual del menor (criterio general de competencia), el tribunal debe apreciar de oficio si falta su competencia, aunque esa ausencia no esté prevista en el R 2019/1111 ni en su antecesor como motivo de oposición al reconocimiento o a la ejecución (sí en cambio en el Convenio LH 1996, art. 23.2.a). Aplicar la sumisión tácita del artículo 10 del R 2019/1111 sería problemática por la exigencia de una previa advertencia del derecho a no aceptar la competencia, aparte de la dificultad procesal de fijar en un proceso penal el momento de la comparecencia y la ausencia de oposición que deben ser tomados en cuenta para su aplicación. Tratando de agotar los criterios competenciales, el tribunal penal podría solicitar al órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor una transferencia de competencia en las condiciones del artículo 13 del R 2019/1111 (o 9 del Convenio LH 1996).

25. En todo caso, cualquier resolución en materia de responsabilidad parental debe ser dictada habiendo dado al menor la oportunidad de ser oído. No hacerlo así puede dar lugar a que sea denegado su reconocimiento en otro Estado miembro (R 2019/1111, art. 39.2 y Convenio LH 1996 art. 23.2.b).

²⁵ Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.

26. Cuando se trata de medidas provisionales o cautelares, el art. 15 del R 2019/1111 (en su caso el 11 del Convenio LH 1996) prevé la competencia para adoptar las previstas en el ordenamiento de un Estado miembro que no sea competente en cuanto al fondo, siempre que se encuentre en él el menor y se justifique la urgencia –lo que excluye una aplicación automática *ope legis*–. No solo dejarán de aplicarse cuando en el Estado competente sobre el fondo adopte las medidas apropiadas (art. 15.3) sino que la medida carece de eficacia extraterritorial²⁶.

2. Medidas cautelares en la legislación española

a) La prohibición de aproximación o comunicación

27. Si se decreta una prohibición de aproximación o comunicación como orden de protección, regulada en el art. 544 ter núm. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim en adelante), el tribunal puede aplicar la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que transpone la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, y dictar una orden europea de protección. Puede dictarse esta orden para proteger a una persona contra posibles actos delictivos de otra, cuando la primera se traslade a otro Estado miembro para residir o permanecer durante un determinado período de tiempo.

28. Esta clase de medidas incluidas en la orden europea de protección, adoptadas en el procedimiento penal, tanto en sentencia o no, según los Considerandos 11 y 12 de la Directiva pueden dictarse en favor de la víctima o posible víctima de un delito e incluso de un familiar de la posible víctima protegida, que en nuestro caso sería un menor. Exigen solicitud expresa por medio de su representante legal, lo que en este ámbito comprendería al Ministerio Fiscal. Debe aclararse que el R 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, es otro instrumento europeo que prevé también las prohibiciones de aproximación o comunicación con el fin de proteger a otra persona cuando su integridad física o psíquica puedan estar en peligro. Es el paralelo, en el orden civil, a la Directiva 2011/99, pero la declaración del Estado español no señala ningún órgano competente para emitirlas, porque las previstas en el artículo 158 del Código Civil entran en el ámbito del R 2019/1111 y quedan fuera del R 606/2013 conforme al artículo 2.3 de este.

²⁶ STJUE de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, *Purrucker I*, en relación con el precedente art. 20 del R 2201/2003. Aunque como expresa RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Medidas provisionales en el Reglamento Bruselas II bis”, *Diario La Ley*, núm. 7601 de 31 de marzo de 2011, podría sostenerse su reconocimiento en otro Estado mientras no sea sustituida por otra dictada por el órgano competente sobre el fondo.

29. Desde el punto de vista pasivo, la ejecución en España de una orden europea de protección dictada en otro Estado miembro se adopta tras audiencia del Ministerio Fiscal mediante el dictado de una medida equivalente en nuestro Derecho que se comunica a la persona causante del peligro, siendo motivo de denegación que el hecho que la origina no sea perseguible en España (arts. 138 a 140 L 23/2014).

30. Prevista también esta medida como cautelar en el artículo 544 bis LECrim, no solo afecta a la víctima de violencia doméstica, sino que como regla general el artículo 544 ter núm. 7 LECrim dispone a la par la suspensión del régimen de visitas respecto a los hijos menores que dependan del inculpado y hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia. Si viene impuesta como pena en sentencia, el artículo 48.2 del Código Penal establece el mismo efecto de suspender respecto de los hijos el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. Las medidas impuestas como pena serán objeto del número 3 de este capítulo.

b) Nuestras órdenes de protección de naturaleza civil

31. Las órdenes de protección de naturaleza civil objeto del artículo 577 ter de la LECrim en su número 7 tienen un carácter muy limitado que prácticamente excluyen su trascendencia extraterritorial. Esta norma permite al órgano penal establecer medidas referentes a la patria potestad, custodia, visitas, alimentos, incluso las previstas en el artículo 158 del Código Civil, no solo cuando sea el menor la víctima, sino cuando conviva y dependa de esta. Pero su vigencia se limita a 30 días, dentro de cuyo plazo debe iniciar la parte un procedimiento civil de familia, naturalmente el que sea competente (puede serlo el de otro Estado). Nuestra ley concede al juez civil otro plazo de 30 días para decidir su ratificación o modificación o dejarlas sin efecto. Esta será la resolución más relevante, para cuya adopción deberá el órgano judicial examinar su competencia conforme a los criterios expuestos antes sucintamente.

3. El caso Juana Rivas: suspensión o privación de la patria potestad

32. Otro supuesto judicial, este muy notorio, relativo como el anterior a una sustracción de menores desde Italia, es el conocido como “caso Juana Rivas”. El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada dictó sentencia cuyo fallo disponía: *“Que debo CONDENAR Y CONDENO a Matilde como autora de dos delitos de sustracción de menores, a dos años y seis meses de prisión por cada uno de ellos, con accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo, privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años respecto de sus hijos Porfirio y Samuel, a que indemnice a Everardo en treinta mil euros y al pago de las costas incluidas las de la*

acusación". La Audiencia Provincial confirmó en apelación la sentencia²⁷ salvo la cuantía de la indemnización por daño moral, que rebajó a quince mil euros. La duración de la pena privativa de libertad y la cuantía de la indemnización fueron luego reducidas a la mitad por el Tribunal Supremo, al resolver que se cometió un solo delito²⁸.

33. Como resulta de los antecedentes de esas resoluciones, la madre trasladó su residencia desde la familiar en Italia a España con los dos hijos menores de edad. El padre solicitó su custodia ante el tribunal de su residencia y promovió procedimiento de restitución de menores ante el Ministerio de Justicia italiano invocando el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, solicitud que fue remitida al Ministerio de Justicia español, dando lugar a la incoación de un procedimiento de restitución seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada. Este ordenó el retorno de los menores en resolución de 14 de diciembre de 2016, que fue confirmada por la Audiencia Provincial²⁹. La madre no cumplió los requerimientos judiciales realizados los días 11 y 24 de julio de 2017 para la entrega de los menores y se mantuvo en paradero desconocido hasta el 28 de agosto de 2017. El Tribunal de Cagliari asignó la guarda y custodia provisional de los hijos al padre el 23 de junio de 2017.

34. La privación de la patria potestad y la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o instituciones análogas son contempladas como penas privativas de derechos en el artículo 39 apartados j) y b) y en el 46, ambos de nuestro Código Penal. La pena de inhabilitación durante seis años fue confirmada por el Tribunal Supremo.

35. Según noticias aparecidas en la prensa en marzo del presente año 2023³⁰, el Tribunal de Apelación de Cagliari (Italia) ha resuelto que el hijo de 17 años esté bajo la custodia de la madre en España, mientras que el segundo, de 9, permanecerá con su padre en la isla de Cerdeña, donde podría ejercer aquella su derecho a visitarlo. Modifica lo decidido por el tribunal civil de la misma localidad en primera instancia, que en resolución de 21 de marzo de 2019 había asignado al padre el *affidamento esclusivo* de ambos hijos, entonces de cinco y doce años de edad, y a la madre la

²⁷ SAP de Granada sección 1ª núm. 98/2019 de 7 de marzo de 2019, ECLI:ES:APGR:2019:25.

²⁸ Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 339/2021, de 23 de abril, ECLI:ES:TS:2021:1403.

²⁹ SAP de Granada sección 5ª núm. 152/2017 de 21 de abril, ECLI:ES:APGR:2017:486.

³⁰ EL País, 15 de marzo de 2023, con el título: "La justicia italiana niega a Juana Rivas la custodia de su hijo menor. El Tribunal de Apelación de la ciudad italiana de Cagliari decide que el niño deberá permanecer en Cerdeña con su padre, aunque permitirá las visitas", <https://elpais.com/sociedad/2023-03-15/la-justicia-italiana-niega-a-juana-rivas-la-custodia-de-su-hijo-menor.html>.

mitad de las vacaciones. Este *affidamento* no excluye codecisión en los asuntos de mayor importancia relativos a los hijos comunes menores de edad³¹.

36. Esta medida sobre la responsabilidad parental habría entrado en conflicto con la pena impuesta, si no fuera por el indulto, que rebajó la pena de prisión a 1 año y 3 meses y conmutó la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por una pena de 180 días de trabajos en beneficio de la comunidad³². Planteemos qué podría haber sucedido si no se hubiera conmutado la pena de inhabilitación especial.

37. Las facultades reconocidas a la madre por el tribunal civil italiano, perfectamente encuadrables en el ejercicio de la patria potestad y en la responsabilidad parental, serían incompatibles con la pena de inhabilitación para el ejercicio de aquella, pues conforme al artículo 46 de nuestro Código Penal, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva a la persona condenada de los derechos a ellas inherentes durante el tiempo de la condena.

38. Como ahora uno de los hijos menores tiene su residencia habitual en España, está sometido a la jurisdicción y a la ley españolas, según el artículo 7 del R 2019/1111 y los 15 y 17 del Convenio LH de 1996. Si el padre solicitara en España una modificación de la medida decretada por el tribunal de apelación italiano alegando cambio de circunstancias y el interés del menor, el juez civil español tendría que plantearse tener en cuenta o no lo acordado en la sentencia firme del tribunal penal. La cuestión es clara a la vista de tales normas internacionales prevalentes: la sentencia italiana cuya modificación se pide tendría que ser reconocida incidentalmente aplicando el Reglamento 2019/1111 y su antecedente el 2201/2003³³, ya que estos impiden a la madre oponer una resolución anterior en el tiempo como sería la de nuestro Tribunal Supremo, y lo mismo sucedería si se tratase de un caso al que se aplicara el Convenio, que así lo prevé cuando ha sido dictada por autoridad no competente según el mismo Convenio (art. 23.2.a). La única vía posible sería la invocación de la contrariedad con el orden público, por afectar a una pena

39. Si pidiera el padre la ejecución de la condena privativa del derecho ante el Juez de lo Penal y la madre el reconocimiento civil de la sentencia italiana nos podríamos

³¹ MARTÍNEZ CALVO, J. y SÁNCHEZ CANO, M.J.: “Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y del Derecho Civil”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 728-762, apdos. 90 y ss.

³² Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre. B.O.E. núm. 275 del 17 de noviembre.

³³ Artículos 39.1.d) del R 21019/1111 y 23.e) del R 2201/2003. Este último se sigue aplicando a los procedimientos incoados antes del 1 de agosto de 2022, conforme al art. 100 del primero.

encontrar ante un conflicto de jurisdicciones, con trascendencia incluso constitucional.

40. Parece que el Tribunal Supremo era consciente del problema, como se deduce de la fundamentación jurídica de la sentencia mayoritaria. Contiene frases, de las que subrayamos algunos incisos, como que el artículo 225 del Código Penal *“tutela (d)el derecho de custodia formalmente establecida, en cuanto su desconocimiento por vías de hecho genera el riesgo para el menor de privarle de sus relaciones con el otro progenitor, de originarle problemas de adaptación, psicológicos, afectivos...; pero a través de una protección anticipada, como mera situación de riesgo”* y *“atiende al interés superior del menor, a través de la sanción del quebranto del derecho de custodia, en aras de disuadir esta conducta con penas severas y lograr en todo caso su retorno con el custodio; pero como informa el Ministerio Fiscal, no atiende a bienes personales del menor, que restan por resolver, sino a que sea encauzada su determinación a través de las vías legales establecidas”*. *“Igualmente el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tras proclamar el interés superior del menor, en su apartado tercero establece que todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.”*

41. Hace referencia también al Convenio de La Haya expresando:

En el ámbito del derecho internacional privado, el art. 16 del Convenio de La Haya de 1980, prohíbe resolver respecto al fondo del derecho de custodia; y una vez efectuado el retorno y sometida la discordia a resolución judicial, nada obsta, que pueda ser atribuida al progenitor que realizó el traslado o la retención ilícita, incluso aunque existiera resolución judicial en contrario, pues la situaciones que deben ponderarse son cambiantes y siempre se resuelven en función de cuál sea el interés del menor en cada momento.

42. En la práctica, asigna a las penas que afectan a la responsabilidad parental un carácter de medida provisional, sujeta a la decisión del tribunal competente sobre el fondo.

V. Conclusiones

43. En nuestra opinión:

- Prevalece la materia sobre la naturaleza de la autoridad a la que cada Estado atribuya la resolución.

- Tanto las costas, como las reparaciones al perjudicado o víctima de un delito, y las medidas de responsabilidad parental y protección de menores, son objeto de normas supranacionales sobre competencia, reconocimiento y ejecución.
- Estas normas son prevalentes sobre las nacionales y rigen su reconocimiento extraterritorial.
- La atribución de medidas relativas a menores a la jurisdicción penal, y en especial su consideración como penas, pueden generar conflictos en su aplicación que las sucesivas reformas de las leyes penales sustantivas y procesales no han abordado.
- Nuestro Tribunal Supremo, aunque *obiter dicta*, respeta la competencia del tribunal que la tiene sobre el fondo, aceptando que la pena de privación de derechos impuesta al progenitor de un menor se subordine a las medidas que adopte el tribunal de otro Estado competente sobre el fondo.

Bibliografía

RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Medidas provisionales en el Reglamento Bruselas II bis”, *Diario La Ley*, núm. 7601 de 31 de marzo de 2011

MARTÍNEZ CALVO, J. y SÁNCHEZ CANO, M.J.: “Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y del Derecho Civil”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 728-762