



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

LA PENA DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Alumna: Carolina Ráez Huertas

Julio, 2015

RESUMEN

Se pretende con este trabajo realizar un estudio exhaustivo de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 Junio, mediante la cual se introduce la pena de privación de la patria potestad como pena accesoria y como pena principal. Esta intenta resolver algunos de los problemas que se planteaban en relación a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, fundamentalmente su duración limitada en el tiempo y su restringido ámbito de aplicación, únicamente en aquellas penas de prisión inferiores a diez años. Además, otorga a la jurisdicción penal la posibilidad de poder privar al condenado de dicho derecho sin necesidad de acudir a la jurisdicción civil, al contemplarlo de forma expresa en el Código.

PALABRAS CLAVE: pena accesoria, inhabilitación, suspensión, patria potestad, principio acusatorio, interés del menor.

ABSTRACT

It is intended with this work an exhaustive study of the reform carried out by the LO 5/2010 of 22 June , by which the deprivation of parental rights as an additional punishment and is introduced as a primary penalty . This attempts to resolve some of the problems that arose in relation to the penalty of specific disqualification from the exercise of parental rights , mainly limited time duration and limited scope , only those imprisonment less than ten years . In addition , criminal jurisdiction gives the possibility to deprive the prisoner of that right without recourse to civil jurisdiction , to contemplate explicitly in the Code.

KEY WORDS: accessory penalty, disqualification, suspension, custody, adversarial principle, interest of the child.

ÍNDICE

1. DETERMINACIONES PREVIAS.....	3
2. LA APARICIÓN DE LA PENA DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO	
2.1 <i>Situación anterior a la reforma</i>	4
2.2 <i>Las razones del legislador</i>	
1) <i>El interés del niño</i>	7
2) <i>Razones de economía procesal</i>	8
2.3 <i>La inhabilitación versus la privación de la patria potestad</i>	9
3. CONTENIDO DE LA PENA	
3.1 <i>La patria potestad como institución civil</i>	13
3.2 <i>Efectos de la pena: derechos a los que afecta</i>	14
3.3 <i>Alcance subjetivo de la pena</i>	20
3.4 <i>Prescripción de la pena</i>	21
4. LA PENA DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO PENA PRINCIPAL Y COMO PENA ACCESORIA	
4.1 <i>Como pena principal</i>	22
4.2 <i>Como pena accesoria</i>	24
5. POSIBILIDAD DE QUE SE ADOPTE COMO MEDIDA CAUTELAR.....	35
6. EJECUCIÓN DE LA PENA.....	36
7. POSIBILIDAD DE RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: ART.170 CC.....	37
8. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRINCIPAL PRIVATIVA DE LIBERTAD, ¿AFECTA A LA PENA ACCESORIA?.....	40
9. CONCLUSIONES.....	46
10. BIBLIOGRAFÍA.....	50

1. DETERMINACIONES PREVIAS

Unas de las principales novedades que incorpora la Ley Orgánica 5/2010 del Código Penal (en adelante CP) es la introducción, entre las penas aplicables a las personas físicas, de la pena de privación de la patria potestad entre las penas privativas de derechos¹, pena que se considera grave². Por tanto, antes de esta el CP solo recogía la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, pena que es similar a la privación de la patria potestad pero que plantea ciertos problemas en relación con la víctima del delito, y además con la recuperación de los derechos de los que priva.

Esta reforma pretende resolver algunos de los conflictos que se planteaban con la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, en primer lugar el carácter temporal de esta que en ocasiones planteaba problemas de desprotección con la víctima del delito, pues si la pena privativa de libertad era de tres años y aún no se consideraba que éste estaba rehabilitado, al finalizar la pena principal también finalizaba la accesoria de inhabilitación recuperando la patria potestad y poniendo a la víctima en peligro.

Además, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad solo se regulaba como pena accesoria para las penas de prisión inferiores a diez años como contemplaba el art.56 CP anterior a la reforma, sin que fuera posible aplicarla a penas iguales o superiores. Actualmente el art.55³ y 56.1.3⁴ del CP prevé que la privación de la patria

¹ A falta de una definición legal al respecto, debemos entender por éstas aquellas restrictivas de derechos que no afectan ni al patrimonio (pena de multa) ni a la libertad ambulatoria (pena de privación de libertad). En sus orígenes se trataba de sanciones humillantes para el reo puesto que se veía privado de sus derechos, cargos y honores.

Así, el art.39 CP dice que son penas privativas de derechos:

- a) *La inhabilitación absoluta.*
- b) *Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.*
- c) *La suspensión de empleo o cargo público.*
- d) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*
- e) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*
- f) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.*
- g) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.*
- h) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.*
- i) *Los trabajos en beneficio de la comunidad.*
- j) *La privación de la patria potestad.*

² Así se recoge en el art.33.2 j) CP

³ Art.55 CP establece que `` La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria

potestad podrá imponerse como pena accesoria a la pena de prisión siendo esta inferior o superior a los diez años.

También en el momento de la reforma se planteó si se alteraba la naturaleza protectora de esta medida, ya que aunque la sanción supone la pérdida de un derecho, esta se adopta o debe adoptarse en interés y beneficio del menor y por tanto se debe priorizar esta titularidad sobre la conducta de sancionar a los progenitores.

Por último, podemos apreciar la mejora en la redacción del artículo 46 CP⁵ al añadirse junto a los menores a los incapaces. Y además se introduce un párrafo último según el cual: “A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada⁶, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas”⁷.

2. LA APARICIÓN DE LA PENA DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO.

2.1 Situación anterior a la reforma

Antes de que se introdujera la pena de privación de la patria potestad se suscitaban varios problemas en relación con la inhabilitación y su carácter temporal.

potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia”.

⁴ Así el art.56.1.3 CP establece que “**1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:**

“**Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código”.**

⁵ Así lo pone de manifiesto el art.46 CP “**El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso”.**

⁶ Esta posibilidad se ve regulada en el art.171 CC que establece que “**La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título”.**

⁷ Gallego Díaz, M. (2011) “**Modificaciones introducidas en el sistema de penas”**, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias económicas y empresariales*, nº 83-84, ICADE, p. 173. Disponible online: <http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/122/90>

El art.55 y 56 CP anterior a la reforma que recogía la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad como pena accesorio, sólo contemplaba la posibilidad de que el progenitor pudiera ser privado de la patria potestad en los delitos cuya pena de prisión fuera inferior a diez años. Esto resultaba desconcertante puesto que se podría inhabilitar para el ejercicio de la patria potestad a un progenitor por lesiones⁸ sobre su hijo, pero no si se le condena por homicidio en grado de tentativa sobre el propio menor⁹. Tampoco procedería esta pena en los delitos de asesinato u homicidio de uno de los progenitores por el otro, supuesto que si se contempla, en cambio, en el ámbito civil¹⁰. No obstante, sin entrar a discutir la cuestión hay algunas sentencias que han admitido la aplicación de esta pena accesorio a delitos con penas de prisión superiores a diez años.

En este sentido, podemos citar, entre otras la STS, 2ª, 19.7.2001, (MP García-Calvo y Montiel, RJ 2001/6503), en un caso en el que un marido que encañona a su mujer dormida, le dispara tres veces mientras ésta intenta huir, ocasionándole finalmente la muerte. El matrimonio tenía dos hijos en común, de siete y catorce años de edad. El TS confirma la sentencia de la Audiencia Provincial y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que condenan al marido como autor de un delito de asesinato a las penas de dieciocho años de prisión, a la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de los menores por el mismo tiempo.

Por lo tanto, las penas de prisión superiores a diez años suponen la imposición de dos penas accesorias, la inhabilitación absoluta y la especial. Se resuelve la laguna de impunidad antes planteada puesto que no se podía castigar con la pérdida de la patria

⁸ Aunque la mayoría de los delitos de lesiones tienen penas superiores a diez años, algunos pueden dar lugar a la paradoja que se señala en el texto. Por ejemplo el delito de lesiones que se recoge en el art.149.1 CP `` el que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años'', en cuyo caso no se podría aplicar la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

⁹ Ruisánchez Capelastegui, C. (2006), ``La privación de la Patria Potestad'', Barcelona, Atelier, p.152.

¹⁰ Así, por ejemplo, podemos destacar la STS, 2ª, 2.10.2000 MP Delgado García (RJ 2000/8718): un hombre agrede a su mujer, de la que se encuentra separado judicialmente y es condenado por homicidio en grado de tentativa. La esposa solicita la privación de la potestad sobre el hijo común de ambos de siete años de edad. El TS afirma que para el delito de homicidio la ley no prevé ni como pena ni como medida de seguridad la privación de la patria potestad.

De la misma forma, la STS, 2ª, 9.6.1998, MP Bacigalupo Zapater (RJ 1998/5159), tampoco inhabilita para el ejercicio del derecho de la potestad al padre condenado a la pena de prisión de catorce años por asesinar a su hija de corta edad que ha obligado a presenciar a su hijo de once años de edad.

potestad salvo que estuviera expresamente previsto para el delito cometido, por más que fuera un miembro de la familia.

Otra situación complicada que se producía con anterioridad a la reforma operada por la LO 5/2010, tenía lugar porque el art.46 CP no precisaba si la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de la patria potestad alcanzaba a todos los hijos sometidos a la patria potestad del condenado o sólo aquellos que hubieran tenido relación directa con el delito cometido. Sólo el delito de suposición de parto del art. 220.4 CP recogía dicha posibilidad expresamente, *“los que han sido víctimas del delito, y en su caso, los demás hijos”*.

Normalmente, la jurisprudencia exigía que hubiera relación entre el tipo de conducta delictiva y los hijos sobre los que se inhabilita para el ejercicio del derecho de patria potestad¹¹ debido a la finalidad de la pena y al principio de la pena justa, que exige que haya relación entre la actividad delictiva y el hijo sobre el que se quiere inhabilitar, de ahí que, en ocasiones la pena de inhabilitación no afectase a toda la descendencia.

En esta línea jurisprudencial, podemos destacar la STS, 2ª, 6.7.2001, (MP García Ancos, RJ 2001/6367), referida a un caso en el que un hombre que abusa sexualmente de una hijastra es inhabilitado por sentencia de la Audiencia Provincial para el ejercicio de la potestad sobre su hijo menor de edad. El Tribunal Supremo casa la sentencia al entender que no se puede inhabilitar para el ejercicio de la potestad sobre hijos que ni son la víctima del delito ni tienen relación con la actividad delictiva por la que el demandado es juzgado. Además también señala que el Ministerio Fiscal puede acudir a la vía civil de la privación de la potestad si considera que la conducta por la que ha sido condenado impide al padre ejercer sus deberes paterno- filiales.

También podemos citar la STS, 2ª, 25.5.1995 MP Moyna Ménguez (RJ 1995/3917) en el que un padre casado y con dos hijas, abusa de la mayor desde que tiene seis años de edad por lo que se separan los cónyuges al cabo de trece años. Se le condena como autor de dos delitos de violación a dieciocho años de prisión por cada uno y se le absuelve de cinco delitos de agresión sexual. Además, se priva al padre de la potestad sobre esta hija y no se hace referencia a la otra, que es menor de edad.

¹¹ Ruisánchez Capelastegui, *“La privación....”*, ob. cit., p. 134.

En el mismo sentido, parte de la doctrina entendía que la imposición de la pena debía quedar limitada a los hijos con los que el delito guarda relación y que la sentencia debía pronunciarse sobre esto. En defecto de lo anterior, debía entenderse entonces que la pena se refería únicamente al hijo menor de edad que haya sido víctima del delito¹².

Ahora con la nueva redacción del art.46 CP queda claro que los jueces pueden acordar esta pena *“respecto de todos o algunos de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso”*, por lo que deberá pronunciarse expresamente en la sentencia sobre este aspecto.

Por otro lado, antes de dicha reforma se planteaba la posibilidad de que el juez penal fuera quien dictara la privación de la patria potestad, sin embargo el Tribunal Supremo lo negó de forma expresa por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la sala 2ª del TS de 26 de mayo de 2000 que determinó que no era oportuno que se resolviera en vía penal sobre dicha pena ya que no se encontraba recogida en el CP¹³. Por tanto, no podía aplicarse algo que previamente no está. Posibilidad que ya si es viable puesto que ya se contempla dicha pena en el Código.

2.2. Las razones del legislador

Si atendemos a la Exposición de Motivos de la Ley 5/2010, las circunstancias que han sido determinantes para llevar a cabo la introducción de la privación de la patria potestad en el CP han sido fundamentalmente dos:

a) El interés del menor

Tal y como dice literalmente la Exposición de Motivos *“Para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores se considera adecuado crear la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas”*.

¹² Ruisánchez Capelastegui, “La privación...”, ob. cit., pp. 135-136.

¹³ Así se pone de manifiesto en la STS, 2ª, 11.9.2000 (MP Prego de Oliver y Tolivar, RJ 2000/7932): en el que un hombre mata a su mujer por el temor de que esta le abandonara y después de dejar a su hijo común con una hermana intenta suicidarse. La AP de Barcelona le condena como autor de un delito de homicidio con las circunstancias agravantes de parentesco y atenuantes de arrebató y haber confesado el hecho, a la pena de doce años de prisión y le priva de la potestad sobre su hijo. La STS deja sin efecto la privación de la potestad sobre su hijo puesto que entiende que “la privación de la patria potestad sobre su hijo, por un delito cometido contra la madre carece de fundamento legal en el CP”. También señala que los tribunales penales no pueden aplicar normas de derecho de familia, sino que ello compete a la jurisdicción civil, correspondiendo al orden jurisdiccional penal el conocimiento de las causas y juicios criminales.

El principio del interés superior del niño ha sido recogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas más relevantes en la protección y promoción de las personas menores de edad¹⁴.

Es frecuente, tanto de los textos legales como de las resoluciones jurisprudenciales, atender a la cláusula abstracta del “interés superior del menor” para tratar de justificar cualquier decisión que afecte a la vida de una persona menor de edad, ya sea en aspectos de carácter personal o patrimonial.

Sin embargo, no es fácil dar una definición exacta, así para ROCA TRIAS¹⁵ “tras un análisis exhaustivo de la legislación estatal y autonómica en materia de protección de menores, el interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad”.

Otros autores, entre los que podemos citar a Joyal, definen el interés superior del niño como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley.

Como afirma, REVETLLAT BALLESTÉ, teniendo en cuenta todas las opiniones doctrinales españolas llega a la conclusión de que el concepto de interés del menor no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad del problema de la protección de los derechos fundamentales en general¹⁶.

Por tanto, el principio del interés superior del niño se presenta en nuestro ordenamiento jurídico como un concepto jurídico indeterminado, que necesita ser concretado en cada situación específica.

b) Razones de economía procesal

El art.170¹⁷ del Código Civil atribuye una serie de facultades a la jurisdicción de los tribunales penales sobre cuestiones que en principio corresponden a la jurisdicción

¹⁴ Ravetllat Ballesté, I. (2012), *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2, p. 90.

¹⁵ Ravetllat Ballesté, I, *El interés*, p. 93.

¹⁶ Ravetllat Ballesté, I, *El interés*, p. 96.

¹⁷ Así el art.170 CC establece que “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

civil. Antes de que se produjera la reforma, para que el condenado pudiera ser privado de la patria potestad, éste debía acudir posteriormente a la jurisdicción civil ya que el juez penal no podía dictar tal pena al no encontrarse prevista en el CP, lo que suponía una dualidad de procesos originando un mayor gasto y una dilatación del proceso.

2.3 La inhabilitación versus la privación de la patria potestad

La inhabilitación para los derechos de patria potestad recoge un supuesto de relación tuitiva interpersonal del Derecho Civil, autonómico y nacional. El legislador penal emplea en esta ocasión conceptos jurídicos procedentes del ámbito civil o social. Es por tanto una norma penal en blanco¹⁸ que requiere, para tener sobre ella un conocimiento completo, acudir a otros órdenes legales distintos del Código Penal.

Tanto la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad como la pena de privación de ésta son figuras semejantes en el sentido de que tanto el progenitor inhabilitado como el progenitor privado de la potestad de los padres pierde los derechos o facultades respecto de sus hijos, pero mantienen los deberes que conlleva¹⁹ la institución civil. Ahora bien, la diferencia más importante que presentan ambas instituciones en la temporalidad de la medida. Así, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad priva del ejercicio de los derechos inherentes a esta institución durante el tiempo de la condena, mientras que la pena de privación de la patria potestad “implica la pérdida de la titularidad de la misma”²⁰, es decir, presenta carácter definitivo. Por tanto, esta nota que las diferencia puede tener alguna consecuencia en cuanto a los efectos, por ejemplo al no considerar al progenitor como privado de la potestad a efectos de prescindirse de su asentimiento en la adopción de su hijo por un tercero, sino incurso en un procedimiento para la privación de la patria potestad (lo que debe probarse si se discute por el progenitor a quien no se ha pedido su asentimiento en el proceso de adopción)²¹.

Además, la privación de la patria potestad resulta más radical, pero también más adecuada para la finalidad que se persigue en relación con la protección del interés del

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

¹⁸ Mapelli Cafarena B. (2011), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Pamplona, pp. 267-268.

¹⁹ Ruisánchez Capelastegui, C. (2009), “Nota sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal”, Barcelona, Indret 2/2009, p. 4. También, De Lamo Rubio, J. *Penas y medidas de seguridad en el Nuevo Código*, Barcelona, Bosch, p. 132.

²⁰ Gallego Díaz, M. “Modificaciones introducidas...”, ob. cit., pp. 173-174.

²¹ Ruisánchez Capelastegui, “La privación...” ob. cit., p.156.

menor, por encima de la inhabilitación temporal, ya que hasta dicha reforma el juez penal no podía sancionar al agresor con una pena de mayor duración puesto que no se encontraba prevista en el CP y por tanto el Ministerio Fiscal se veía en la necesidad de acudir a la vía civil para obtener la privación de la patria potestad ya que correspondía a ésta adoptar las medidas necesarias para el menor.

Así, hasta la reforma de 2010 en la que ya se introduce la ``privación'', la patria potestad recibía un trato más favorable que al resto de las figuras que se enumeran en el art.56.1.3 CP. Hasta ese momento existía cierta discrepancia acerca del carácter definitivo o suspensivo de esta inhabilitación. No obstante, la tesis a favor de la temporalidad venía respaldada no solo por el art.170 CC que recoge la posibilidad de que los Tribunales acuerden la recuperación de la patria potestad en interés del hijo, sino también el hecho de que el art.46 CP no especifica que se trate de una extinción, sino de una privación de derechos²².

Ahora bien, antes de que se contemplara la posibilidad de la privación de la patria potestad, en determinados casos podía aplicarse varias penas de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad a la misma persona que hubiera sido condenado por varios delitos que permitieran su aplicación, para así otorgar mayor protección al menor o menores afectados al prolongar esta medida²³.

En cuanto al alcance temporal, la sentencia que inhabilita para el ejercicio de la patria potestad fija la duración temporal de dicha inhabilitación hasta el máximo que contemple el artículo del CP en cada caso. Cuando se cumple la condena implica la recuperación automática de los derechos inherentes a la potestad de los padres ya que el CP no prevé requisitos para la rehabilitación de los derechos que le han sido inhabilitados. No obstante, la pena de privación de la patria potestad al ser definitiva implica que cuando se cumpla la condena esta perdurará siempre, algo que se contradice

²² Domínguez Izquierdo. E.M^a, (2014), ``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*, n°112, I, época II, pp. 172-173.

²³ Por ejemplo la STS, 2ª, 19.4.2000, MP Martínez Arrieta, RJ 2000/3045: en el que una madre consintió que tres hombres entrasen en la habitación de su hija, de 9 años de edad, y tuviesen acceso carnal con ella. Como consecuencia de estos hechos es condenada como autora, cooperadora necesaria, de tres delitos de abusos sexuales a tres penas de privación de libertad de diez años cada una, y tres penas de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de seis años.

con lo que establece el art.170 CC al decir que se recuperará la patria potestad cuando cese la causa criminal²⁴.

Sin embargo, tanto la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad como la privación son semejantes en el sentido de que ambas pueden aparecer de tres formas distintas. Respecto de la inhabilitación, puede aparecer como pena principal para los delitos de tráfico de menores²⁵ y sustracción de menores²⁶. En todos los casos la condena a esta pena debe ir precedida por una expresa petición acusatoria²⁷. Sin embargo, en otros casos se prevé la imposición potestativa de la pena²⁸, además de la principal correspondiente, si el juez lo considera conveniente para el interés del menor²⁹.

También puede adoptarse como pena accesoria para cualquier derecho relacionado directamente con el delito cometido. Así, puede ser una pena accesoria respecto de las penas de prisión de hasta diez años si se dan los requisitos del art.56 CP que son la gravedad del delito y la relación directa del derecho con el delito cometido. Sin embargo, tras la reforma ya se prevé también como pena accesoria respecto de aquellos delitos cuya pena sea igual o superior a diez años. Por tanto, si interpretamos literalmente este precepto, ésta pena sería de imposición preceptiva³⁰ sin que quede a la discrecionalidad judicial la imposición o no de esta pena accesoria. Desde el punto de vista práctico, si relacionamos este carácter con el principio acusatorio y de

²⁴ Así lo pone de manifiesto Ruisánchez Capelastegui, C. (2007), ``Privación de la Patria Potestad y Proceso Penal'', comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006, Barcelona, Indret 4/2007, p. 11

²⁵ Así aparece en el art.221.1 CP: ``Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años''.

²⁶ Así aparece en el art.225.bis CP: ``El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años''.

²⁷ Bernal Valls, J. (1999) ``Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal'' RGD, p.18.

²⁸ Ruisánchez Capelastegui, ``La privación...'', ob. cit., p. 140.

²⁹ Por ejemplo en los delitos de libertad e indemnidad sexual se establece la posibilidad de que el juez imponga en las condenas relativas a todos los delitos del Título VIII esta pena por el tiempo de seis meses a seis años. La jurisprudencia rechaza la imposición automática de esta pena y exige que la sentencia que la imponga razone la imposición de ésta quedando sometida a la discrecionalidad judicial. También en el delito de suposición de parto, ocultación, entrega o sustitución para alterar la filiación permiten poner a los ascendientes que cometieran estos delitos esta pena durante diez años sobre el hijo afectado. Este es el único supuesto en que de forma expresa se admite que la pena se imponga en relación con menores que no son la víctima del delito. Además en el delito de incumplimiento de deberes de asistencia inherentes a la patria potestad etc....

³⁰ Ruisánchez Capelastegui, ``La privación...'', ob. cit., p. 151.

congruencia penal, el juez podrá imponer tales penas si se han solicitado expresamente y si se han motivado los requisitos legales que se exigen para su imposición. Por otro lado, el Tribunal Supremo en algunas sentencias se ha mostrado rígido a la hora de valorar la relación entre el delito, la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad y el interés del menor.³¹

Hasta la reforma, la no aplicación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en delitos cuyas penas fuesen superior a diez años ocasionaba grandes problemas en algunos casos en los que se cumplía los requisitos del art.56 CP pero que al ser condenados a más de diez años de prisión no podía interponerse nada más que la inhabilitación absoluta que no contemplaba la inhabilitación para el ejercicio del derecho a la patria potestad. No obstante, antes de la reforma podemos citar algunas STS en la que se ha admitido la aplicación de esta pena accesoria a delitos con penas de prisión superiores a diez años³².

Además, tampoco puede aplicarse esta pena accesoria si la pena que corresponde a un delito no es de prisión, sino de multa³³ pero está relacionado con el ejercicio de la patria potestad³⁴.

Por último, puede aparecer como medida de seguridad como se contempla en el art.95 CP que dice que estas se aplicaran cuando se haya cometido un hecho previsto como delito, hay posibilidad de que el sujeto vuelva a cometerlo, y por tanto ha sido

³¹ Por ejemplo en la STC, 2ª, 13.7.2006 (RJ 2006/6094; MP Puerta Luis): en esta sentencia una mujer da a luz en un lavabo de un hospital abandonando a su hijo dentro del WC boca abajo y tapado con papel higiénico. Se le condena como responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, por lo que el Ministerio Fiscal (en adelante MF) interpone un recurso de casación y solicita que se le imponga la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de la patria potestad por el tiempo de la condena, sin embargo el TS entiende que no procede sin razonar para el caso en concreto la inaplicabilidad del art.56 CP.

³² Por ejemplo la STS, 2ª, 18.10.2006 (RJ 2006/6594; MP Bacigalupo Zapater): en esta sentencia se condena a una madre por el asesinato de sus dos hijos y su marido y por un delito de asesinato en grado de tentativa de un tercer hijo a tres penas de prisión de veinte años, a una de prisión de diecinueve años y a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por veinte años. También la STS, 2ª, 16.9.2003 (RJ 2003/9572, MP Jiménez García): marido mata a su mujer y tiene un hijo en común de dos años de edad, se le condena por un delito de asesinato a dieciocho años de prisión y se le aplica la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena.

³³ Ruisánchez Capelastegui, ``Privación de la....'', ob. cit., pp. 6-10

³⁴ Por ejemplo, STS, 2ª, 19.5.2000 (RJ 2000/4896, MP Prego de Oliver y Tolivar): un hombre que es la pareja de hecho de una mujer, que tiene un niño de doce años de edad, es condenado por un delito de lesiones habituales y una falta de lesiones ya que golpeó al menor con un palo y un cinturón y le causó múltiples hematomas en diferentes partes del cuerpo. A la madre se le condena por un delito contra la Administración por no denunciar los hechos ante la autoridad. Sin embargo no se discute que haya podido ser autora de las lesiones por comisión por omisión, lo que hubiera permitido su inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

declarado exento de responsabilidad criminal conforme al art.20.1 a 3 CP³⁵. Esta posibilidad aparece contemplada en el art.107 CP según el cual *“ El Juez o Tribunal podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20”*.

Del precepto se puede deducir, que los presupuestos que deben darse para la aplicación de esta medida son la comisión del hecho delictivo en relación con el ejercicio de la potestad de los padres, y la existencia de peligro de que el sujeto vuelva a cometer ese delito u otros semejantes³⁶. La temporalidad de esta medida es de uno a cinco años con independencia del delito cometido.

Esta cuestión respecto de la pena de privación de la patria potestad la analizaremos a continuación con más profundidad al estudiar el contenido de la pena.

3. CONTENIDO DE LA PENA DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

3.1 La patria potestad como institución civil

La patria potestad se puede definir como el poder que la ley otorga a los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados para proveer a su asistencia integral, es decir, no solo cubre las necesidades jurídicas del menor sino, también, sus aspectos

³⁵ **Art. 20.1 CP anomalía mental:** *“El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”*; **art. 20.2 CP intoxicación plena** *“El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”*; **Art.20.3 CP alteración de la percepción:** *“El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”*.

³⁶ Ruisánchez Capelastegui, *“La privación...”*, ob. cit., p. 155.

personales y patrimoniales. Por esta razón la doctrina más moderna la define como el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos³⁷.

En cuanto a las características que presenta esta institución podemos decir que es intrasmisible, puesto que tiene su origen en las relaciones paterno-filiales, irrenunciable al tratarse de una institución jurídica básica que viene impuesta con carácter imperativo y por último, imprescriptible puesto que queda al margen de toda posible idea de pérdida por el paso del tiempo. Los sujetos que forman esta institución son los padres, independientemente de que exista o no matrimonio entre los progenitores, los hijos menores de edad no emancipados, los incapacitados durante su minoría de edad, y los mayores de edad que vivieren con sus padres por estar incapacitados.

Por tanto, la privación de la potestad a los progenitores implica que éstos –siempre que éste legalmente la filiación- pierden los derechos y facultades inherentes a la titularidad de la misma, aunque no afecta al vínculo legal de filiación ni impide, por ejemplo, el derecho de visitas, por tanto es una de las medidas de intervención de los poderes públicos sobre la autonomía familiar más agresivas³⁸.

3.2 Efectos de la pena: derechos a los que afecta

El derecho primario de los padres a ejercer la patria potestad como ya sabemos no es un derecho absoluto, ya que puede ser restringido o extinguido³⁹. Por tanto, la pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de titularidad de la misma pero subsisten los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado, ya que el principio de personalidad de las penas impide que la sanción perjudique a terceros y menos a quien tratamos de proteger⁴⁰.

Además el progenitor puede ser privado ‘‘total o parcialmente de su potestad’’ conforme a lo dispuesto en el art.170 CC por el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. No obstante, este precepto no menciona de forma expresa la necesidad de que el menor se encuentre en situación de peligro o de llegar a sufrirlo, por lo que se estará a las circunstancias en las que se encuentre el menor⁴¹ y que suponga un posible perjuicio en el desarrollo de la personalidad de éste. Aquí

³⁷ García Presas, I. (2013), ‘‘ La patria potestad’’, Dykinson S.L., p. 13.

³⁸ Ruisánchez Capelastegui, ‘‘La privación....’’ ob.cit., p.17.

³⁹ En palabras de Ruisánchez Capelastegui, ‘‘La privación....’’ ob. cit., p.27.

⁴⁰ Así lo pone de manifiesto Domínguez Izquierdo, *Cuando la pena accesorio.....*, ob. cit., p. 183.

⁴¹ Ruisánchez Capelastegui, ‘‘La privación...’’ ob. cit., p.55.

podemos incluir, tanto conductas que impidan el libre desarrollo de la personalidad como que incidan negativamente sobre la misma⁴². Por tanto, tanto un peligro actual como un peligro futuro que tiene su causa en una conducta presente justifican la intervención judicial, no así el simple peligro próximo.

En cuanto a las consecuencias que se derivan de la privación total implica despojarse de manera íntegra de la condición de titular que ostenta de manera natural todo progenitor no excluido⁴³ y además constituye el supuesto más habitual. Por otro lado, la privación parcial solo implica una restricción sobre parte del contenido integrante de la patria potestad, conservando parcialmente la condición de titular de la misma.

En todo caso el Tribunal debe especificar en la sentencia que establezca la privación, el ámbito de la misma, es decir, las funciones respecto de las cuales el progenitor resulta privado así como a la parte que el mismo conserva⁴⁴. Normalmente los tribunales suelen privar totalmente de la potestad de los padres sin establecer limitaciones en cuanto a las facultades de los padres que resultan afectados, por lo que se entiende referida a la totalidad de las mismas⁴⁵.

Ahora bien, ésta pérdida de la titularidad de la patria potestad, implica de forma automática la pérdida de los derechos que conforman esta institución, no así de las obligaciones. Encontramos por tanto, una serie de obligaciones y facultades tanto en la esfera personal como en la patrimonial. Respecto a la primera, a los padres se les conceden unos derechos para cumplir unos deberes. Así podemos citar el art.154.1 CC que establece que *“La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:*

1. ° *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”.*

⁴² Ruisánchez Capelastegui, “La privación...” ob. cit., p.63.

⁴³ Castillo Martínez, C. (2010), “La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales”, *Ámbito de la privación de la patria potestad*, Valencia, La Ley, edición nº2 (la ley 5075/2011), pp.1-2.

⁴⁴ Por ejemplo la STS de 5 de octubre de 1987 (Sala 1ª, Ponente: Excmo, Sr.D. Rafael Pérez Gimeno): en la que se acuerda la privación parcial de la patria potestad respecto del padre confiando la guarda del menor a su progenitora, con derechos de visita hasta el comienzo del colegio y con la obligación de darle la manutención a su hijo.

⁴⁵ Covadonga Ruisánchez, “La privación....”, ob. cit., p. 40.

- a) *Por ``velar por ellos´´⁴⁶ debemos entender:* un deber genérico de protección que existe en cualquier circunstancia, pudiendo quedar limitado a vigilancia y a control cuando no vaya acompañado de convivencia.

Además, tanto si no hay patria potestad como si se aplica la norma sancionadora del artículo CC, se mantiene para los padres el deber de velar por los hijos menores y, también, el deber de alimentos.

Así el progenitor al que se ha privado de la patria potestad sobre su hijo continúa teniendo el deber de velar por él, es decir, conocer la situación en la que se encuentra el propio hijo, lo que justifica la concesión al progenitor privado de la potestad de un cierto derecho de vigilancia o control. Ahora bien, no podrá interferir en el ejercicio normal de la potestad encomendado en exclusiva al otro progenitor o, en su caso, al tutor.⁴⁷

El ámbito temporal de la obligación de asistencia de los padres a los hijos queda expresamente recogido en el artículo 39.3 de la CE, es decir, desde la minoría de edad del hijo, extendiéndose más allá en los casos en que legalmente proceda, es decir, en los casos de patria potestad prorrogada.

- b) *El deber de tenerlos en su compañía:* se refiere a la convivencia en el domicilio de los padres. Esa convivencia supone una comunicación continua, material, psicológica y afectiva, indispensable para el ejercicio normal de la patria potestad, es decir, una relación interpersonal continuada, que presupone la comunidad de vivienda⁴⁸. Este derecho no subsiste, puesto que se separa al menor de la convivencia del progenitor privado de la patria potestad para la protección del menor que es el fin que persigue la pena.
- c) *El deber de prestarles alimentos:* en virtud de lo dispuesto en los artículos 110 y 111 CC, todo progenitor legalmente determinado tiene siempre la obligación de velar por sus hijos menores y de prestarles alimentos, ostente o no la titularidad de la patria potestad, pues estas obligaciones son simplemente una consecuencia de la relación de filiación legalmente establecida.

⁴⁶ García Presas, ``La patria....´´, ob. cit., p. 24

⁴⁷ En palabras de García Presas, ``La Patria...´´ob. cit., pp.80-81

⁴⁸ García Presas, ``La patria....´´, ob. cit., p. 29.

Aunque el progenitor esté privado de la patria potestad el deber de prestarle alimentos subsiste en cualquier caso por lo que este derecho patrimonial no resulta afectado con la privación, así queda claro en el art.110 CC que establece que *“El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”*. Además el art.142 CC establece que *“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”*.

Ahora bien, el derecho del progenitor privado de la patria potestad de reclamar alimentos no subsiste una vez que éste ha sido privado de la patria potestad.

- d) *El deber de educarlos y proporcionarles una educación integral*: se inscribe dentro del derecho a la educación reconocido por el artículo 27 de la CE. Tienen los padres tanto el deber de conferir por sí mismos la educación a sus hijos como el de llevarlos a los centros escolares que elijan para cursar las enseñanzas mínimas obligatorias, incluida la religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones⁴⁹.

Este derecho del hijo respecto del padre también subsiste aunque este privado de la patria potestad, lo que no resulta coherente puesto que el padre que ha sido condenado en la jurisdicción penal por algún delito no es el más adecuado para poder proporcionarle una buena educación.

- e) *Recabar el auxilio judicial*, en el ejercicio de la patria potestad.
- f) *Derecho a relacionarse con sus hijos conforme al art.160.1 CC* que establece que *“Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”*⁵⁰.

Así mismo los hijos también tienen un deber de obediencia y respeto hacia sus padres.

En cuanto a la esfera patrimonial, los padres tienen un deber de representación de los hijos mientras éstos no tengan capacidad de obrar hasta la mayoría de edad, ya

⁴⁹ García Presas, “La patria...”, ob. cit., p.30

⁵⁰ Acedo Penco, A. (2013), “Derecho de familia”, Dykinson, p.219.

que sí cuentan con la capacidad jurídica que es inherente al ser humano por el simple hecho de ser persona.

Sin embargo, el incumplimiento de estos deberes difícilmente va a ser causa de privación total de la potestad de los progenitores, siendo difícil encontrar algún supuesto en la jurisprudencia del TS o en la Audiencia de este tipo⁵¹.

- a) *Cesión inexcusable de parte del patrimonio a los hijos*: La legítima conlleva que los padres se encuentren obligados a ceder mortis causa una parte de su patrimonio de forma inexcusable a favor de sus hijos. El deber es recíproco pues también puede heredar los padres de los hijos.
- b) *Administración de los bienes de los hijos por los padres*: los padres deben administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios.

En el caso de causa de indignidad recogido en el art.756 CC⁵² o desheredación en el art.854 CC⁵³ los bienes adquiridos por el padre no pueden ser administrados.

La indignidad sucesoria es una sanción civil que prevé el ordenamiento ante determinadas conductas de la persona que ostenta algún derecho sucesorio sobre la herencia que se consideran gravemente ofensivas a la persona del causante, lo que implica la inhabilitación para suceder al causante. El CC español no lo contempla expresamente, pero recoge una serie de conductas en el art.756 que previamente hemos mencionado que se pueden considerar como causas de privación de la potestad⁵⁴.

Además el legislador también otorga al causante una potestad sancionadora que le permite excluir de su herencia a uno o más legitimarios si concurren las causas del art.854 CC también mencionado anteriormente. Sin embargo, hay que tener en cuenta

⁵¹ Así hasta más de 300 sentencias revisadas antes de 2005 y no se había encontrado ningún supuesto de esta índole, Ruisánchez Capelastegui, ``La privación...'', ob. cit., p. 107.

⁵² Así dice el artículo: ``Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1.º Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.

2.º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes .Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima''.

⁵³ Así establece el artículo que ``Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:

1.º Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170.

2.º Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.

3.º Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación.

⁵⁴ Ruisánchez Capelastegui, ``La privación...'', ob. cit., p. 181.

que si el causante no lo ha desheredado, dicho progenitor conserva sus derechos legitimarios en la herencia de su hijo, siempre que la causa de privación de la patria potestad no permita considerarlo indigno.

Por tanto, el padre privado de la patria potestad no podrá administrar los bienes de sus hijos.

- c) *Disposición de los bienes de los hijos por los padres*: corresponde a los titulares de la patria potestad la facultad de disposición de los bienes de los menores puesto que, obviamente, éstos no tienen facultad de disposición sobre los bienes o derechos de que son titulares.
- d) *Representación legal del hijo por sus padres*: la patria potestad contempla, entre sus funciones, la representación legal del sujeto pasivo, es decir, de los hijos menores no emancipados o bien, de los hijos incapacitados en caso de patria potestad prorrogada o rehabilitada.⁵⁵

Después de haber desarrollado cada uno de los derechos y facultades que tienen los padres al ostentar la titularidad de la patria potestad, podemos decir que lo lógico es que el art.46 CP con la reforma debería haber especificado que los derechos que subsisten del hijo respecto del progenitor deberían limitarse a los patrimoniales, es decir, a la prestación de alimentos por las siguientes razones:

En primer lugar resulta difícil determinar cuáles de las facultades previstas en el art.154 CC constituyen un deber del progenitor y un derecho del hijo a excepción de la prestación de alimentos, todo ello porque la patria potestad está integrada por un conjunto de deberes-función o derechos-deberes⁵⁶.

En segundo lugar, que subsistan los derechos del hijo respecto de su progenitor puede poner en peligro los fines de esta pena, que no es otro que la protección de los hijos. Esto sucederá cuando sea necesario el contacto entre padre e hijo para ejercitar estos derechos lo que nos vuelve a conducir a la necesidad de limitar los derechos no afectados por la pena a los patrimoniales.

⁵⁵ García Presas, ``La patria...'', ob. cit., pp. 40-46.

⁵⁶ Gutiérrez Castañeda, A. (2009), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 76.

Podíamos plantearnos entonces la siguiente cuestión, ¿cabría la posibilidad de que subsistiera el derecho a comunicarse y visitar al menor?

Parte de la doctrina considera que no existe argumento legal que indique la eliminación de este derecho, ya que podría deducirse lo contrario de los arts.94.1 y 160.1 CC⁵⁷. No obstante, la privación de la patria potestad debería conllevar la exclusión del derecho de visitas ya que su carácter excepcional deja claro que solo se aplica en casos muy graves en el que los padres incumplan los deberes que conlleva la patria potestad, y por tanto no resulta razonable que éstos sigan teniendo relación con sus hijos pues se puede volver a efectuar el delito por el cual ya se ha visto privado.

3.3 Alcance subjetivo de la pena

La reforma que se ha hecho del art.46 CP en la LO 5/2010 posibilita que el juez o tribunal pueda acordar la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad respecto del menor afectado o de todos los que estén a cargo del penado, atendiendo a las circunstancias del caso en concreto⁵⁸. Todo ello se hará teniendo en cuenta la relación de la actividad delictiva con todos los hijos sometidos a la potestad del condenado atendiendo a criterios como por ejemplo la edad, el sexo etc..., para lograr la finalidad preventiva que persigue dicha imposición⁵⁹.

La mayoría de las veces, la sentencia que dictaba la inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad coincidía con el número de años que le faltaban al menor para alcanzar la mayoría de edad⁶⁰. Sin embargo hay otras en las que no se tiene en cuenta el momento de alcanzar la mayoría de edad⁶¹.

⁵⁷ Art. 94.1: *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”*.

Art.160.1: *“Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”*.

⁵⁸ Así se contempla en el art.46 CP después de la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

⁵⁹ Ruisánchez Capelastegui, *“Privación de la....”*, ob.cit., p.11.

⁶⁰ Por ejemplo la STC, 2ª, 9.6.2000 (RJ 2000/5253, MP Sánchez Melgar); en el que se condena a un padre como autor de dieciocho delitos de agresión sexual y tres delitos de agresión sexual con acceso carnal sobre sus dos hijas a dos años de inhabilitación del ejercicio de la patria potestad sobre la hija menor de edad, tiempo que coincide con los años para alcanzar la mayoría de edad.

⁶¹ Por ejemplo la STS, 2ª, 3.4.2000 (RJ 2000/2512, MP Giménez García); en el que se condena a un padre por un delito continuado de abusos sexuales sobre sus dos hijas menores de edad en el momento de los

En otros casos curiosamente la resolución confirmatoria del TS se da en un momento en el que el menor afectado ya ha alcanzado la mayoría de edad⁶².

Ahora bien, la aplicación indiscriminada de la pena de privación de la patria potestad sobre todos los hijos no es siempre necesaria para conseguir la función de prevención especial de la pena. En este sentido, la prevención especial es entendida como la protección adecuada para impedir nuevas agresiones, no solo sobre los hijos que han sido víctimas de delito sino también sobre aquellos que pueden llegar a sufrirlas⁶³, y que no necesariamente han tenido que tener relación directa con el delito cometido. Tampoco sería lógico referir la privación de la patria potestad a cualquier hijo sometido a ésta, en atención a los tipos delictivos que prevén esta sanción, ya que se prescindiría del juicio de oportunidad y sobre todo del de la convivencia y necesidad de protección que requieren los demás menores. Por tanto, para lograr esta finalidad preventiva⁶⁴ especial debe tenerse en cuenta que el tipo de delito y las circunstancias que concurren en cada caso van a influir en la determinación de la relación de la actividad delictiva con todos o algunos de los hijos sometidos a la patria potestad del condenado.

En atención a lo expuesto podemos concluir, que hasta dicha reforma el juez no contemplaba la posibilidad expresa en el Código de que la privación de la patria potestad de los progenitores recayera sobre todos los hijos o algunos, aunque en determinadas excepciones lo hiciera así. Modificación que resulta adecuada, pues si estamos en el ámbito de los delitos sexuales y un padre tiene bajo su potestad a dos niñas menores de edad, aunque estas no hayan tenido relación directa con el delito cometido resulta coherente que también sea privado de tal potestad.

3.4 Prescripción de la pena

En lo que respecta a la prescripción de la pena, nada hay que decir sobre la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, pues al estar sujeta a un plazo de duración determinada, es de plena aplicación el régimen jurídico penal de

hechos. Una entre doce y dieciocho años y otra de doce años, solo se le impone la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad sobre la hija menor de edad en el momento de la sentencia de instancia.

⁶² Por ejemplo la STS, 2ª, 17.11.2000 (RJ 2000/9742, MP García Ancos): en el que un padre es condenado por un delito continuado de abusos sexuales sobre su hija cuando tenía once años y en el momento de la STS tiene diecinueve y se inhabilita al padre de la potestad durante seis años.

⁶³ Ruisánchez Capelastegui, "La privación....", ob. cit., p. 137.

⁶⁴ Ruisánchez Capelastegui, "La privación....", ob. cit., p. 137.

prescripción de la pena. El tiempo de prescripción⁶⁵ se computará desde el día en que se haya cometido la infracción punible. Sin embargo, mayor problema plantea la pena de privación de la patria potestad, dada su ``atemporalidad`` ésta no puede prescribir, pues es automática y se cumple con la propia declaración de firmeza sin que sea susceptible de quebrantamiento⁶⁶. Por tanto, solo podría extinguirse por la recuperación acordada por el juez en el supuesto previsto en el art.170 CC, así como por el resto de causas de extinción de la patria potestad previstas expresamente en el CC.

Además, también puede extinguirse por concesión judicial o por concesión de los que ejerzan la patria potestad exigiéndose que el menor tenga cumplida la edad de dieciséis años.

Una vez finalizada la pena, al tratarse de una pena privativa de derechos se procederá a la cancelación de los antecedentes penales anotados en el Registro Central de Penados y Rebeldes⁶⁷. También procederá su inscripción en el Registro Civil cuando se dicte la privación de la patria potestad⁶⁸ y su hipotética recuperación en la inscripción de nacimiento del hijo o de los hijos menores, es decir, deberá ser objeto de inscripción tanto la resolución penal como la civil por la que se acuerde la recuperación de la patria potestad.

4. LA PENA DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO PENA PRINCIPAL Y COMO PENA ACCESORIA

4.1 Como pena principal

La pena de privación de la patria potestad se define en el art.46 CP como la pérdida de titularidad de la patria potestad, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto de su progenitor. Como pena principal se impone sólo en el

⁶⁵ Art. 132 CP de la L0 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, DE 23 de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶⁶ Flores Rodríguez, ``La privación de la...``, ob. cit., p. 46.

⁶⁷ Así el art.136 CP: `` Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte la cancelación de los antecedentes penales, previo informe del juez o tribunal sentenciador``.

⁶⁸ Así el art.180 del Reglamento del Registro Civil establece que son inscribibles los hechos que afecten a la patria potestad en tanto en cuanto puedan significar una adquisición plena o limitada de la misma, su extinción, su recuperación, la restricción de su ejercicio e incluso redistribución entre los padres.

artículo 192.3⁶⁹ CP en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cometidos por parte de quienes ostenten la patria potestad.

El padre o la madre del menor sin embargo, no pueden ser despojados de sus funciones tutelares puesto que se encuentran obligados a aceptar esos deberes sin posibilidad de renuncia, pero en ciertos casos es necesario cortar de raíz esa íntima relación privando al padre o a la madre de sus derechos – y no de sus obligaciones– apartándolos del niño en interés del menor como dispone el art.3.1 de la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, y también el art.2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor. Así mismo podemos destacar el art.9.1 de la Convención que establece que los Estados Parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres, excepto cuando tal separación sea necesaria para el interés superior del niño⁷⁰.

Para aplicar esta pena, debe revestir carácter excepcional en atención a las circunstancias extremas que ponen en peligro la educación y formación de los hijos, no basta cualquier incumplimiento sino que este ha de ser grave.

Asimismo, el art.57.1⁷¹ CP indica que en estos delitos podrá acordarse en la sentencia alguna de las prohibiciones previstas en el art. 48 CP (residencia, aproximación o comunicación con la víctima) por tiempo que no exceda de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. Además, si los menores conviven con el agresor/a podrá acordarse como pena privativa de derechos la prohibición de aproximarse a la víctima.

En cuanto a la sanción puede afectar ``al resto de hijos menores``⁷² con independencia de si han tenido o no algo que ver con el delito, puesto que el art.46 CP dice que ``el juez o tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o algunos de los

⁶⁹ Así aparece en el art.192.3 CP: ``El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad``.

⁷⁰ Flores Rodríguez, J. ``La privación.....``, ob. cit., p.2.

⁷¹ Art. 57.1 CP que establece que `` Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave``.

⁷² Flores Rodríguez, J. ``La privación.....``, ob. cit., p.4.

menores e incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso''. Antes de la reforma de 2010 no podía extenderse al resto de menores que no lo hubieran padecido⁷³.

4.2 Como pena accesoria

La pena de privación de la patria potestad aparece regulada como pena accesoria en el art.56 CP tras la reforma. Ahora bien, la vinculación entre la pena accesoria y la pena principal no es automática⁷⁴ puesto que el art.79⁷⁵ CP, en línea con los Códigos precedentes, ordena que la condena se extienda expresamente a las penas accesorias lo que supone como exigencia del principio acusatorio que la pena accesoria prevista en la ley tiene que ser solicitada expresa y previamente por la acusación en el momento procesal oportuno. Éste principio reclama la necesidad de que un órgano ajeno al tribunal sea el encargado de establecer el contenido sobre el que versará el juicio, de modo que el juzgador no podrá mantener una acusación de oficio, puesto que acusar y juzgar deben ser funciones distintas. El carácter obligatorio de que la pena accesoria tiene que ser solicitada de manera expresa para que ésta pueda aplicarse ha originado un debate doctrinal y jurisprudencial acerca de dichas penas, pues como bien sabemos estas por su naturaleza surgen como consecuencia de la pena principal. Ahora bien, el derecho a la defensa requiere que el acusado aporte las pruebas que considere convenientes, lo que plantea la posibilidad de si las penas accesorias deben o no ser objeto de petición o pueden venir impuestas en todos los casos sin previa petición.

Destacando la STS 170/2002, de 30 de septiembre, podemos afirmar que se trata de una pena que, aunque sea secundaria, presenta bastante gravedad y por tanto es necesario que se analice, pero siempre habiendo tenido el acusado la oportunidad de defenderse de tal acusación. Por tanto, las penas contempladas en el apartado tercero del art.56 deben ser sometidas a debate para determinar la vinculación o no de la actividad del condenado con el delito enjuiciado. Sin embargo, esta postura no siempre es

⁷³ Así lo ponía de manifiesto la STS de 6 de julio de 2001 que decía que solo podía recaer la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad sobre el menor o incapaz que había sufrido los abusos.

⁷⁴ Bernal Valls, `` Las penas privativas.....'', ob. cit., p.14.

⁷⁵ Así pone de manifiesto que `` Siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán también expresamente al reo a estas últimas''.

acordada por el TS ya que en algunas ocasiones se impone dicha pena de forma preceptiva sin haber petición expresa por la parte acusadora⁷⁶.

En definitiva, el principio acusatorio tiene diferente alcance según se trate de las penas accesorias previstas en el apartado tercero cuya imposición requieren la comprobación entre el derecho afectado y el delito cometido, en cuyo caso será necesario que la defensa pueda argumentar lo que proceda en virtud de los principios acusatorios, de defensa y contradicción.

En lo que respecta a las penas accesorias, éstas se pueden definir como aquellas que no están recogidas expresamente como infracción de la parte especial. Se aplican como consecuencia de otra previa, generalmente la privativa de libertad a la que se une. Esto pone de manifiesto la falta de autonomía que tiene y su carácter residual al quedar unida a una pena que será la principal, puesto que solo se aplicaran cuando no estén expresamente previstas en un delito concreto⁷⁷.

Especialmente las inhabilitaciones contempladas en el art.56.1.3 CP, entre la que encontramos la pena privativa de patria potestad, va dirigida fundamentalmente a los efectos preventivos especiales negativos y no positivos, pues queda claro que estas inhabilitaciones no resultan nada conciliadoras ni resocializadoras, ya que al estar unida la pena accesoria a la principal, ésta no será del todo cumplida si tenemos en cuenta los beneficios que permiten al condenado acortar su condena.

El art.54 CP establece que las penas de inhabilitación son accesorias cuando no estén especialmente previstas para el delito, sino que la ley declara que otras penas las llevan consigo. Si atendemos a esta definición, la accesoriedad se caracteriza por dos elementos contrarios, por un lado de carácter negativo (el delito no tiene previsto específicamente esa pena) y por otro de carácter positivo (la ley la asocia a otra que se trata de una pena principal).

Sin embargo, a pesar de la definición que da este precepto, no se corresponde con la realidad jurídica de la accesoriedad, porque bajo esta denominación de penas accesorias se recogen otras que son distintas a las inhabilitaciones como por ejemplo la suspensión de empleo o cargo público o el art.57 CP que contempla penas accesorias que no

⁷⁶ Así lo podemos contemplar en la consulta 2/2000 que realiza la Fiscalía General del Estado.

⁷⁷ Molina Blázquez, C. ``La aplicación de la pena'', *Estudio practico de las consecuencias jurídicas del delito*, 2ª edición actualizada, p. 37.

guardan relación con otras principales, sino con una serie de delitos, que sería la accesoriedad impropia. Por tanto, podemos afirmar únicamente de este artículo que las penas accesorias son aquellas que añaden a las penas principales nuevos efectos punitivos, distintos de sus contenidos naturales⁷⁸, y que la privación de la patria potestad se encuadra dentro de las penas accesorias propias subordinadas a una pena principal.

Los principios rectores de la accesoriedad muestran la voluntad del legislador de excluir cualquier margen de discrecionalidad judicial, tanto en la imposición como en la cuantificación de las penas accesorias.

En primer lugar, podemos destacar la automaticidad de las penas accesorias que se aplican con sus correspondientes penas principales sin necesidad de que el legislador las haya previsto para el delito cometido. Son una excepción al principio de proporcionalidad ya que si la pena justa es aquella con la que aparecen castigados los delitos, la pena accesoria añade un plus punitivo que no depende del injusto sino de otros criterios político- penales no justificados. Esto obliga a aplicar la suspensión de la ejecución de la pena principal a la accesoria.

En segundo lugar podemos citar la coincidencia temporal, es decir, las penas accesorias duran lo que duran las penas principales (así lo recoge el art. 33.6 CP) salvo que la ley disponga otra cosa. Sin embargo, esta coincidencia solo se respeta por los arts. 55 y 56 CP, y no en el art.57 CP en el que las penas accesorias no tienen por qué coincidir con sus principales.

En tercer lugar, la incompatibilidad con penas de idéntica naturaleza, es decir, las penas accesorias son incompatibles con penas principales que tengan la misma naturaleza, puesto que si esta recogida como pena principal resulta ilógico mantener la accesoria.

Por último destaca la simultaneidad en el que las penas accesorias ocupan el mismo espacio de tiempo que la principal además de durar lo mismo⁷⁹.

Si atendemos a la clasificación de las penas accesorias podemos decir que la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sería una pena accesoria

⁷⁸ Mapelli Cafarena, *Las consecuencias..*, ob. cit., pp. 340.

⁷⁹ Mapelli Cafarena, *Las consecuencias....*, ob. cit., pp. 341-343.

discrecional y de carácter temporal, mientras que la privación de la patria potestad sería perpetua.

Al hilo de las características expuestas cabría plantearse si debe solicitarse las penas accesorias siempre que se pida una pena de prisión. Esta cuestión es planteada por la Fiscalía en la consulta 2/2000, y en el momento que surge la duda hay un gran vacío jurisprudencial pero actualmente ya se ha resuelto y la conclusión ha sido la de entender que la relación directa con el delito cometido solo tiene que considerarse cuando se aplica la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, y no para imponer la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo ni la suspensión de empleo o cargo público. Conclusión a la que ha llegado el TS haciendo uso de los cinco elementos clásicos⁸⁰ (gramatical, sistemático, histórico, lógico y teleológico).

Se deduce en primer lugar, de una interpretación gramatical del precepto a través de su atenta lectura, y la utilización de la expresión éstos, ligada a los derechos afectados por la última inhabilitación especial a que se refiere el artículo.

En segundo lugar, de una interpretación sistemática que vincula esta limitación con lo dispuesto en los arts. 42 y 45 del mismo texto legal que exigen una expresa concreción y motivación de los derechos afectados.

En tercer lugar, de su interpretación histórica, de acuerdo con los precedentes legislativos y jurisprudenciales, ya que dicha limitación tiene su antecedente en el art. 41.2 CP de 1973.

En cuarto lugar, de su interpretación lógica pues sería absurdo que un Alcalde siguiera desempeñando sus funciones desde la cárcel al haber sido condenado por ejemplo por tráfico de drogas.

Y, en quinto lugar, de su interpretación teleológica, de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma pues está plenamente justificado limitar la inhabilitación como

⁸⁰ Consulta 2/2000, de 14 de diciembre, sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el art.56 del Código Penal, p.1. En este sentido también Silva Sánchez, JM^a, (1999), ``La suspensión condicional de la pena privativa de derecho y la pena accesoria de inhabilitación especial para la ejecución de profesión u oficio'', *Actualidad Penal*, n°39, pp. 751- 758.

pena accesoria a los supuestos en que hubieran tenido relación directa con el delito cometido de acuerdo con el principio de intervención mínima en materia de penas⁸¹.

Ahora bien, deberíamos plantearnos la cuestión de si la imposición de las penas accesorias es una facultad que tiene el juez, o ha de imponerla necesariamente cuando haya una pena de prisión de hasta diez años. Esta cuestión también ha sido resuelta por la jurisprudencia en las STSS de 23-3-99 y 18-10-99 en la que se afirma que el art.56 CP emplea una expresión preceptiva, ``impondrán'', y no potestativa ``podrán imponer'', por lo que se deduce que ha de imponerse alguna de las penas previstas⁸².

Por tanto, la gran novedad de la reforma 5/2010 ha sido la inclusión de la pena de privación de la patria potestad como pena accesoria de las penas de prisión de forma potestativa atendiendo a la gravedad del delito y siempre que estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido. La consecuencia es que normalmente se produce una doble sanción puesto que el legislador ha previsto en la parte especial la inhabilitación para estos supuestos. Queda claro en el nuevo párrafo del art.56 CP cuando señala que la accesoriadad se aplicara ``sin perjuicio de lo dispuesto en otros preceptos de este Código''⁸³. Esta duplicidad se ve agravada tras la reforma, ya que será duplicada la inhabilitación especial cuando acompaña a la prisión de menos de diez años, pero si la prisión es de más de diez años la accesoria de idéntico contenido queda desplazada por ``estar prevista como pena principal''⁸⁴. Los contenidos de estas penas variarían según las circunstancias del condenado, además debido a su expansión hace que su vinculación se presuma *iuris tantum*, es decir, debiendo quedar probada en el proceso.

Ahora bien, con la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 se ha tratado de resolver uno de los problemas que planteaba la pérdida del ejercicio del derecho a la patria potestad concebida como sanción penal puesto que al ser una pena temporal, una vez que transcurría el tiempo de ésta el sujeto recuperaba todos los derechos inherentes a dicha figura a pesar de haber sido el menor la propia víctima del delito. Algunas sentencias trataron de solventar el problema asumiendo competencias civiles en la jurisdicción penal en base a que el art.170 CC recoge la sentencia penal como causa de

⁸¹ Consulta 2/2000, ob. cit., p. 2.

⁸² Consulta 2/2000, ob. cit., p. 3.

⁸³ Mapelli Cafarena, *Las consecuencias.....* ob. cit., pp. 260-261.

⁸⁴ Como dice Mapelli Cafarena, *Las consecuencias.....*, ob. cit., p. 261.

pérdida, sin embargo esto fue rechazado tras el Acuerdo del Pleno mencionado anteriormente donde se criticaba la falta de cobertura legal y en el que se recomendaba acudir a la vía civil.

Con esta nueva regulación el órgano judicial debe plantearse dos cuestiones fundamentalmente. En primer lugar si el delito cometido tiene relación directa con la patria potestad, y en segundo lugar si es suficiente con suspender el ejercicio de la patria potestad o debe de extinguirse. Ésta última tiene la suficiente gravedad como para que el legislador hubiera mencionado los motivos que deben motivarla. Sin embargo, una vez que se haya extinguido la patria potestad el condenado puede pedir su recuperación alegando que ha desaparecido por extinción (cumplimiento de la pena) la causa que originó la pérdida. Para que prospere la recuperación, no sólo tiene que cumplirse la pena sino que además deben desaparecer los motivos que justificaron la pérdida valorando los riesgos de esa persona ejerciendo la patria potestad y el interés del menor.

El Código no ha previsto con carácter general que la privación de la patria potestad se haga condicionar en cada caso de los intereses del menor por lo que debería haber recogido expresamente cuál de las modalidades (suspensión o pérdida del derecho) es la más adecuada y además permitir también que en la fase de ejecución pueda modificarse sustancialmente la pena o suspenderse. Falta, sin duda, una referencia expresa a la posibilidad de controlar la rehabilitación del sujeto atendiendo a los intereses del menor a la hora de determinar el alcance de la condena⁸⁵.

Estos intereses del menor tampoco se encuentran suficientemente protegidos por el Derecho penal a través de las penas accesorias ya que en algunas ocasiones la naturaleza del delito cometido por quien ostenta la patria potestad justifica que la pierda con independencia de que el menor haya sido o no víctima del delito.

Junto a lo anterior, surgían dudas sobre el alcance de la pérdida de estos derechos ya que si existen varios hijos o personas tuteladas la inhabilitación priva o extingue la relación con todos ellos, sin distinción y también con otros que pudieran surgir durante la condena, o si por el contrario solo se refiere a la víctima. Como advierte MAPELLI CAFARENA⁸⁶ lo más adecuado es la reforma que ha introducido el art.46 CP que permite que el juez o tribunal pueda acordar la inhabilitación respecto de

⁸⁵ Mapelli Cafarena, *Las consecuencias...*, ob. cit., pp. 268-270.

⁸⁶ Mapelli Cafarena, *Las consecuencias...*, ob. cit., p. 270

todos o algunos de los menores que estén a cargo del penado dependiendo de las circunstancias. Esto es así porque el progenitor con esos hechos pierde ante la sociedad la capacidad de seguir ejerciendo este derecho tanto con el hijo víctima del delito como con los demás.

Como muy acertadamente ha puesto de manifiesto VILLACAMPA ESTIARTE⁸⁷, la reforma ha dejado pasar una excelente oportunidad para llevar a cabo una revisión a fondo de las penas accesorias superando lo que en ellas pueda perdurar de infamante y eliminando su imposición automática en función de la clase y duración de la pena principal sin atender en todos los supuestos a que el delito se haya cometido con ocasión o en el ejercicio de determinadas funciones. Y por otro lado, “la reforma también ha constituido una ocasión desperdiciada de suprimir la pena de inhabilitación especial para cualquier otro derecho, que puede imponerse como accesoria a penas de prisión inferiores a diez años, de conformidad con el art. 56 CP, y que ha recibido incesantes críticas doctrinales debido a su indeterminación”.

Por tanto, la pena de privación de la patria potestad es una pena perpetua que se extenderá hasta que el hijo alcance la mayoría de edad, o en casos de patria potestad prorrogada indefinidamente. Al ser una pena perpetua es contrario a los principios informadores del Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de derecho. Por ello debería contemplarse al menos un mecanismo de revisión de la pena que permita al condenado recuperar la patria potestad sobre sus hijos en caso de que las circunstancias que motivaron su privación hubieran variado y la pena hubiera perdido ya su fin⁸⁸.

Aún así, no queda claro que pretendía el legislador con la previsión de dicha sanción. Si la finalidad que persigue es privar de los derechos inherentes de la patria potestad por el tiempo de la condena ya tenemos la inhabilitación que no implica la extinción de la relación, pero si priva al condenado de los derechos durante el tiempo de la condena. Ahora bien, si lo que se pretende es establecer la verdadera extinción de la institución como parece, tal efecto produce la inclusión de una pena de duración

⁸⁷ Gallego Díaz, “Modificaciones introducidas.....”, ob. cit., p.8.

⁸⁸ Gutiérrez Castañeda, *Consideraciones a propósito.....*, ob. cit., p. 77

indeterminada que puede llegar a ser perpetua en los casos de patria potestad prorrogada. Esto sería contrario al ideal de resocialización y reinserción social⁸⁹.

Por tanto, ésta debería llevarse a cabo de modo que se mantenga la coherencia interna del ordenamiento jurídico, permitiéndose la recuperación de la institución en el caso en que el interés del menor así lo demande.

No obstante, cabe valorar positivamente la inclusión de la pena de privación de la patria potestad en el art.39 CP, ya que éste castiga los incumplimientos a los deberes mas graves por lo que resulta lógico que sea los jueces de lo penal quienes decreten la sanción más grave en materia de patria potestad, recogida ya con anterioridad en el art.170 CC⁹⁰.

Tras la reforma el juez penal resulta competente para privar de la patria potestad en el marco de un procedimiento judicial abreviado o sumario, extendiendo su jurisdicción sobre aspectos civiles por mandato de la propia Ley. Por lo que la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal o por la Audiencia Provincial debe contener unos específicos pronunciamientos de carácter civil derivado de las especialidades que se desprenden de la naturaleza de la pena⁹¹.

Por otro lado, el art.170 CC establece la privación de la patria potestad por medio de sentencia dictada en causa criminal, posibilidad en la que nos vamos a centrar detalladamente. Esta forma de privación aparece justificada –como dice Isabel Zurita Martín- tanto por la deficiente técnica legislativa con la que están redactadas las normas pertenecientes a la patria potestad del CC y a los delitos conexos del CP, como al mínimo interés que los problemas prácticos que se derivan de aquella deficiencia ha suscitado en la doctrina jurídica⁹².

La sentencia puede alcanzarse por tres medios distintos siempre que se incumplan los deberes inherentes a la patria potestad. Así puede dictarse sentencia de privación en un procedimiento ad hoc iniciado al efecto, o decretarse bien a través de una resolución judicial que ponga fin a un proceso matrimonial, o bien mediante

⁸⁹ Sobre esta cuestión vid. Villacampa Estiarte, *Consideraciones a propósito.....*, ob. cit., p. 82.

⁹⁰ En el mismo sentido, Acale Sánchez, M. (2010), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.74.

⁹¹ Flores Rodríguez, `` La privación... `` ob. cit., pp.6-7.

⁹² Zurita Martín, I. (2003), `` La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal´´, Actualidad Civil, nº32, septiembre, Ref. XLVIII (La Ley 1395/2003), pp.1-2.

sentencia dictada en causa criminal. Lo más frecuente es que se dé mediante el primer cauce. Además este precepto establece un amplio margen de actuación al basar la privación en un genérico incumplimiento de deberes paternos. La mayoría de las sentencias se centran principalmente en la consideración de la privación como una medida excepcional, no de carácter sancionador, sino siempre supeditada al interés del niño. Es importante destacar que el Tribunal Supremo considera que el homicidio por uno de los padres sobre el otro constituye uno de los más graves incumplimientos que puedan darse respecto de la patria potestad, lo que implica la necesidad de privar al homicida de la patria potestad sobre sus hijos⁹³.

La doctrina también se ha dado cuenta que algunas sentencias que ponen fin a este procedimiento gozan de carácter constitutivo, a diferencia de la resolución que dictamina la exclusión de la patria potestad en los supuestos recogidos en el art.111 CC⁹⁴. No obstante, tanto la privación como la exclusión comparten una serie de efectos fundamentales sobre el hijo, entre ellos, podemos destacar:

En primer lugar, la carencia de la titularidad de la potestad paterna, y apartamiento de los deberes y facultades que establece el art. 154 CC. Así como la subsistencia de la obligación de velar por los hijos y prestarles alimentos como establece el art. 110 CC.

En segundo lugar, en cuanto al derecho a comunicarse con el menor, parte de la doctrina entiende que no existe argumento legal en contra sino más bien todo lo contrario si atendemos a lo que establecen los arts. 160.1 y 94.1 CC.

En tercer lugar, no se precisa la necesidad del asentimiento del progenitor privado o incurso en causa criminal legal de privación en el procedimiento de adopción.

⁹³ Zurita Martín. `` La privación...'', ob. cit., p.3

⁹⁴ Así el art.111 CC establece que `` *Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:*

1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

Y por último la causa de desheredación, o en su caso de indignidad. El progenitor puede ser desheredado, tanto por su hijo como por su cónyuge, además la privación de la patria potestad por sentencia firme en causa criminal como consecuencia de un delito de prostitución, abandono o corrupción de los menores, determina la incapacidad para suceder por causa de indignidad⁹⁵.

Por tanto, cuando la privación de la patria potestad se produce a través de sentencia dictada en causa criminal aparecen cuestiones específicas que han sido tratadas por la doctrina y que resulta interesante estudiar con más profundidad.

En la doctrina penal la falta de seguridad en la interpretación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad se ha puesto de manifiesto con un criterio muy acertado por VALLDECABRES ORTIZ⁹⁶, para quien si el efecto de dicha pena es privar al reo del ejercicio de la patria potestad temporalmente, tiene más proximidad con la suspensión que con la inhabilitación. Sin embargo, no puede aceptarse esta interpretación sin matizarla, pues si se lee detenidamente el precepto observaremos que respecto de la patria potestad no se especifica qué efecto tiene la privación.

Por tanto, las consecuencias de la pena serían que si los tribunales penales dictaminan la privación de la patria potestad por medio de la imposición de la pena de inhabilitación prevista en el CP, no se podría recuperar ésta sino es a través de resolución judicial como establece el art.170.2 CC.

Pues bien, si atendemos al tenor literal de los arts. 220.4, 221.1, 226.2, 233.1 y 192.2 CP unido a la desorientación que hay en la doctrina podemos hacer diferentes interpretaciones del contenido de estas normas.

Así, la inhabilitación se refiere al ejercicio de la patria potestad la cual puede entenderse de forma temporal sin que sea necesario sentencia judicial para su recuperación. A veces la privación tampoco implica necesariamente una resolución judicial puesto que hay casos en que los propios progenitores lleguen a acuerdos en cuanto al ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos.

⁹⁵ Zurita Martín, ``La privación...'', ob. cit., pp.3-4.

⁹⁶ Zurita Martín, ``La privación...'' ob.cit., pp.8-9

Puede también alcanzar a la titularidad lo cual es comprensible ya que de lo que se trata es que el reo no tenga derechos sobre el hijo, y si fuera privación del ejercicio el progenitor tendría como poco el derecho de visita.

O por último, si no acogemos ninguna de estas interpretaciones solo podíamos decir que estamos ante una figura *sui generis* lo que tampoco sería aceptable puesto que esto conlleva una gran inseguridad jurídica dándose la posibilidad de que la privación de los derechos que lleva unida la patria potestad pueda disolverse de forma automática sin necesidad de intervención judicial evitando lo que establece el art.170.2 CC.

Lo único que se admite – como dice CASTILLO MARTÍNEZ- es que si relacionamos el art.170 CC y los arts. 220.4, 221.1, 226.2, 233.1 y 192.2 CP es la falta de coordinación que existe en ambos códigos⁹⁷, `` determinada por un descuido del necesario principio de unidad y cohesión del ordenamiento jurídico que debe presidir toda actuación legislativa para evitar contradicciones`` como la señalada.

Ahora bien, existen determinadas situaciones en las que dicha pena se aplica en delitos en los que no se encuentra prevista. En estos casos, ¿qué postura adoptan los tribunales?

En primer lugar decir que no existe una postura doctrinal clara al respecto y que además los tribunales penales no especifican en las resoluciones si privan al penado de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad, sino que tan solo se limitan a poner la pena como aparece literalmente en el código.

En el terreno de los delitos contra la libertad sexual es interesante destacar la STS de 4 de febrero de 1997 en la que se revoca parcialmente la SAP de Madrid de 28 de marzo de 1996, en la que se condena a un padre por un delito de corrupción de menores a la pena de cinco años de prisión, multa y privación de la patria potestad de la hija menor. Así el Tribunal Supremo una vez que cumple el delito absorbe la conducta del acusado en el delito de abusos sexuales del vigente código penal imponiéndole, al aplicar el principio de retroactividad de las leyes favorables para el reo, pena de prisión de dos años, inhabilitación para el ejercicio de profesión u oficio que tenga que ver con menores y privación del ejercicio de la patria potestad por tiempo de seis años.

⁹⁷ Zurita Martín, `` La privación....``, ob. cit., p.11.

Observamos que aplica la privación del ejercicio sin diferenciar entre inhabilitación y privación de la patria potestad, o refiriéndose a la limitación temporal de la medida.

En definitiva el Tribunal Supremo aplica directamente el art.170 CC para privar de la patria potestad al progenitor en delitos en los que no está prevista expresamente la inhabilitación para el ejercicio de aquella⁹⁸.

Asimismo, el art.170 CC no establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la aplicación – en el proceso civil o en el proceso penal- de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a ella, sino que para privar de esta la alternatividad se establece precisamente entre una sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, y de otra una sentencia dictada en causa criminal, es decir, que o bien se priva de la patria potestad por sentencia fundada en tal incumplimiento o bien en causa criminal, lo que antes de la reforma de 2010 no era posible puesto que no se contemplaba en el CP la posibilidad de aplicar la privación de la patria potestad⁹⁹.

La doctrina penalista refiriéndose a los delitos de lesiones establece la posibilidad de imponer la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad a través de la aplicación del art.56 CP puesto que se contempla para penas de prisión inferiores a diez años.

5. POSIBILIDAD DE QUE SE ADOPTE COMO MEDIDA CAUTELAR

Se plantea la posibilidad de que la pena de privación de la patria potestad pueda ser adoptada como medida cautelar, ya que entre el inicio de la instrucción de un delito y su averiguación suele mediar un período de tiempo durante el cual a veces es necesario adoptar medidas cautelares.

Según el art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ante la comisión de un delito de naturaleza sexual contra el menor, el Juez o Tribunal puede imponer cuando resulte necesario al inculpado la prohibición de residir y acudir a un lugar determinado, así como aproximarse o comunicarse a la persona del agresor o agresores imputados con el fin de proteger a la víctima.

⁹⁸ Por ejemplo la STS de 15 de enero de 1997 en la que se considero correctamente aplicado el art.170 CC, a través del cual la Audiencia Provincial privo de la patria potestad al padre de una menor que había asesinado a la madre de ésta.

⁹⁹ Zurita Martín, ``La privación...'', ob. cit., pp.12-14.

Por tanto es lógico que el juez dependiendo de las circunstancias del caso en concreto pueda adoptar como medida cautelar tanto la inhabilitación como la privación de la patria potestad, no debiendo concebirse exclusivamente como pena¹⁰⁰.

6. EJECUCIÓN DE LA PENA

En relación a la ejecución de la pena debemos indicar con carácter general que conforme a lo establecido en el párrafo segundo de la Disposición adicional segunda de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el CP, ``en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la privación de la patria potestad lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias'', comunicación que deberá efectuarse a la firmeza de la sentencia¹⁰¹.

La ejecución de esta pena se llevará a cabo siguiendo unas fases:

- a) *Requerimiento al penado*: el órgano judicial requerirá al penado para que se abstenga del ejercicio de la patria potestad en relación con los hijos que se haya determinado.
- b) *Liquidación de condena*: una vez efectuado el requerimiento se practicará la correspondiente liquidación de condena, tomando como inicio la del requerimiento. En su momento procesal se aprobará ésta.
- c) *Testimonios y destinatarios*: una vez que se ha aprobado la liquidación de condena se acordará librar testimonio de la sentencia firme y de la propia liquidación de condena, y se procederá a su remisión a los Registros Civiles en los que consten las inscripciones de nacimiento de los hijos sobre los que se ha decretado la privación de la patria potestad, y practicándose la correspondiente inscripción marginal.
- d) *Nota de condena*: se remite al Registro Central de Penados y Rebeldes esta pena y la concreción de la duración de la misma, una vez liquidada¹⁰².

¹⁰⁰ Flores Rodríguez, ``La privación....'', ob. cit., pp. 5-6.

¹⁰¹ Así lo pone de manifiesto De Lamo Rubio, *Penas y medidas*..., ob. cit., p. 136

¹⁰² De Lamo Rubio, *Penas y medidas*..., ob. cit., pp. 137-138.

7. POSIBILIDAD DE RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD: ART.170 CC

El problema principal que plantea la privación de la patria potestad, es su recuperación, ya que al tratarse de una pena perpetua entra en contradicción con lo que establece el art.170 CC, y además es totalmente contraria a los principios que informan el Derecho Penal de un Estado democrático de derecho, ya que cuando se impone una pena ésta debe comenzar y acabar.

Se pretende resolver si el juez penal puede aplicar la pena de privación de la patria potestad, y esto depende de la interpretación que se haga del art.170 CC sobre todo de la mención de que la privación de la patria potestad ``sea dictada en causa criminal``. Para unos supone que el juez penal puede aplicar la medida civil de privación de la patria potestad, pero para otros es una remisión a la legislación penal que regula la inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad.

La jurisprudencia sobre este punto ha ido cambiando de opinión, sin embargo queda claro en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 26 de Mayo de 2000 en el que se determinó que no era adecuado que se resolviera en la vía penal la privación de la patria potestad en los casos en que el CP no recogiera expresamente dicha posibilidad¹⁰³.

Según este acuerdo, se puede aplicar la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en aquellos casos en que expresamente lo prevea el CP con las condiciones que establezca en cada caso. Así el art.9.1 LOPJ, establece que los juzgados y tribunales ejercen su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos que les venga atribuida por la ley. Los tribunales penales tampoco pueden aplicar normas de derecho de familia que disciplinan la privación de la patria potestad, sino que es la jurisdicción civil quien las debe aplicar.

Además el art.170 CC al hacer referencia a la privación de la patria potestad ``por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial`` no es una atribución para que la jurisdicción penal aplique las normas civiles de privación de la patria potestad. Por ejemplo el delito de

¹⁰³ Ruisánchez Capelastegui, ``Privación de la.....`` ob. cit., p. 14

homicidio no contempla la posibilidad de privar de la patria potestad al padre que mate a su mujer sobre su hijo.

En este sentido, podemos citar dos argumentos a favor para la admisión de la privación de la patria potestad en un proceso penal:

En primer lugar, que el art.170 CC es una atribución legal que determina una extensión de la jurisdicción de los tribunales penales a cuestiones que en principio corresponden a la jurisdicción civil.

En segundo lugar, la economía procesal y el interés del menor deberían permitir que un tribunal penal privara de la patria potestad si en el curso de un procedimiento se revela un incumplimiento de deberes paterno-filiales y un daño consecuente para el hijo.¹⁰⁴

Así la necesidad de protección de un menor de edad aconseja la privación de la patria potestad en aquellos casos en los que en el curso de un proceso penal se den motivos para ello, sin necesidad de comenzar un juicio civil.

La posible recuperación que se contempla en el art.170.2 CC se plantea como posibilidad en el proceso penal por Tamarit desde una perspectiva de lege ferenda (posible reforma de una ley). De lege lata, esta posibilidad no sería posible ya que no se pueden modificar las penas a posteriori una vez impuestas. Si atendemos al fundamento de la pena y al principio de unidad del ordenamiento jurídico, podría admitirse que el juez penal pudiera aplicar la regla del art.170.2 CC ya que este precepto habilita a los tribunales sin acepción de orden jurisdiccional a adoptar esa medida si resulta más beneficiosa para el menor¹⁰⁵.

Sin embargo, posteriormente a la reforma, ¿Quién tiene la jurisdicción competente para tal función reintegradora?

La Exposición de Motivos de la Ley de la Reforma atribuye al juez penal la facultad para aplicar lo dispuesto en el art.170.2 CC por razones de economía procesal, posibilidad que anteriormente no se contemplaba y por lo que obligatoriamente deberíamos de acudir a un proceso civil.

¹⁰⁴ En el mismo sentido Ruisánchez Capelastegui, ``Privación de la...'', ob. cit., p. 19

¹⁰⁵ Bernal Valls, ``Las penas privativas....'', ob. cit., p. 19

Ahora bien, la recuperación es diferente si se trata de la privación definitiva o de la inhabilitación. Respecto a la inhabilitación no surge ningún problema puesto que esta queda supeditada al tiempo de la condena y por tanto se recupera de forma automática, no obstante la privación si presenta mayor complejidad puesto que al no contemplar una duración determinada se entiende que ésta no se cumple nunca. Por tanto, no podemos afirmar que sea del todo definitiva ya que se contempla su posible recuperación en el art.170 CC.

Por otro lado, si el juez penal está facultado para privar de este derecho en los delitos contra la indemnidad sexual, podría darse la hipótesis de que fuera el juez penal quien dictara la recuperación de la patria potestad y la revocación de la sanción al entender que el legislador en la reforma de 2010 remite al juez penal al orden civil en estos efectos.

Sin embargo, el Informe del Consejo General del Poder Judicial, al anteproyecto de la Ley Orgánica de Reforma del CP, advirtió que en ésta no se contemplaba la posibilidad de recuperar la patria potestad, esto es, el art.192.2 CP afirma que debería de prescindirse de la referencia a la naturaleza definitiva de la pérdida de la patria potestad, puesto que el art.46 CP establece la pérdida de titularidad de la misma pero no la prohibición de recuperarla.

Por último, señalar que tal y como cita FLORES RODRÍGUEZ se vulneraría el principio de legalidad penal, ya que debería ser el juez de primera instancia, en un proceso civil el que dejara sin efecto la pena de privación de la patria potestad siempre que la misma se anticipe de forma natural al momento de extinción. Además, si se admitiera la posibilidad de recuperación de la patria potestad, la acción debería ejercitarse por el juez de primera instancia puesto que cuenta con los conocimientos necesarios para dictarla y valorar razonadamente si han cesado las causas que motivaron la privación incurriendo en falta de competencia objetiva¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Flores Rodríguez, ``La privación, ob. cit., p. 48.

8. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRINCIPAL PRIVATIVA DE LIBERTAD, ¿AFECTA A LA PENA A LA PENA ACCESORIA?

Una cuestión de especial relevancia sería analizar que sucede con las penas accesorias y en particular con la pena de privación de la patria potestad en aquellos casos en los que la ejecución de la pena privativa de libertad se ve suspendida. Pues bien el Código Penal vigente solo menciona el hecho de que `` la suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados'', recogido en el art.80 CP, con ello la cuestión relativa a las penas accesorias recogidas en el art.56 CP. Este problema no se resuelve puesto que el legislador no ha hecho ninguna declaración expresa al respecto.

Para solucionar esta cuestión suele acudir a la naturaleza de estas clases de penas de las cuales se entiende que por el simple hecho de ser penas accesorias deben seguir la misma suerte que la pena principal incluso referido a la ejecución, salvo que la Ley disponga lo contrario. No resulta lógico que al penado se le haga cumplir la pena accesoria cuando la principal ha sido suspendida pues esta decisión puede dificultar la reinserción social que es el fin que persigue la pena. El legislador debería prever la posibilidad para que en el momento de conceder la remisión condicional pudiera suspender asimismo la ejecución de la pena accesoria privativa de derechos atendiendo a las necesidades de prevención, sin embargo esta posibilidad no resulta posible ya que la remisión solo afecta por Ley a las penas privativas de libertad.

Como manifiesta ACALE SÁNCHEZ, dado que la pena accesoria sigue la misma suerte que la principal debería suspenderse igualmente la pena de inhabilitación algo que resulta lógico si atendemos a la naturaleza de las penas accesorias. Por tanto el legislador debería haber previsto la inhabilitación como pena principal si quería que subsistiera y no como accesoria¹⁰⁷.

La doctrina española poca atención ha mostrado acerca de este tema, además de la escasez de argumentos.

El problema no se plantea en todas las penas accesorias, quedando excluida la inhabilitación absoluta del art. 55CP, puesto que en ningún caso dicha pena principal

¹⁰⁷ Zurita Martín, ``La privación de la patria...'', ob. cit., p.14.

puede verse suspendida, ya que ésta debe tener una duración inferior a dos años, o excepcionalmente a tres. Por tanto, solo vamos a centrarnos en las penas de inhabilitación de los arts. 55 y 56 CP, entre la que se encuentra la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o la privación de ésta que es la que nos interesa.

La solución propuesta por GUTIÉRREZ CASTAÑEDA se basa en dos ideas fundamentales:

En primer lugar, entender la pena accesoria como pena que trae causa de una pena principal a la que está unida por una relación de dependencia. Y en segundo lugar, La contradicción que se produce con el art. 25.2¹⁰⁸ CE, derivada de una ejecución de la pena accesoria cuando la pena principal privativa de libertad ha sido suspendida siempre que ésta pueda impedir debido a las características del condenado su reeducación y reinserción social¹⁰⁹.

Si recordamos los códigos precedentes podemos observar que el CP de 1973, a diferencia de lo que ocurre con el vigente, dedicaba a la suspensión condicional de las penas accesorias el art.97, según el cual no se extendía la suspensión de la condena condicional al derecho de sufragio pasivo y de cargo o función de carácter público si figurasen como accesorias.

Por lo tanto el legislador excluía expresamente que estas dos penas accesorias pudieran verse suspendidas, entendiéndose que aquellas que no citara si podían correr la misma suerte que la pena principal como por ejemplo la pena de suspensión de profesión u oficio.

Actualmente en el CP de 1995 no existe ningún artículo que se refiera expresamente a la posibilidad o no de suspender la ejecución de las penas accesorias. Esto ha motivado que haya distintas posturas acerca de suspensión de las penas accesorias¹¹⁰.

¹⁰⁸ Así lo establece el art.25.2 CE ``Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

¹⁰⁹ Gutiérrez Castañeda, A. (2004), ``Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias'', Octubre, Diario la ley, nº 6114 (ley 2308/2004), Ref. D-216, p. 2.

¹¹⁰ Gutiérrez Castañeda, `` Sobre la suspensión....'', ob. cit., pp.4-5

Si analizamos las distintas posturas doctrinales encontramos en primer lugar los autores que se han pronunciado en contra de que las penas accesorias se vean afectadas por la suspensión condicional de la pena principal. Para defender dicha postura han utilizado como argumentos los siguientes:

En primer lugar, si el art.80.1 CP limita el beneficio de la suspensión a la penas privativas de libertad debe de entenderse que las demás penas (pecuniarias y privativas de derechos) queden excluidas del mismo, por lo que no es necesario que haya un precepto que especifique de manera expresa que las penas accesorias no pueden verse suspendidas ya que se deriva de lo dispuesto en dicho artículo¹¹¹.

En segundo lugar, debido a los importantes cambios que han ido experimentando las penas accesorias a lo largo del tiempo, en el que se dotan ya de cierta autonomía dejando atrás el automatismo que las caracterizaban, los autores sostienen que actualmente no puede defenderse la dependencia respecto de la pena principal como una característica principal de las penas accesorias¹¹², ya que en la regulación vigente se permite su ejecución de forma independiente.

Además, GARCÍA ARÁN considera que la nueva concepción de las penas accesorias también se avala por contemplarse en el art. 56 CP la necesidad de que solo se aplique la pena accesoria si tiene relación con el delito cometido.

Sin embargo, también encontramos autores que se muestran a favor de la suspensión condicional de las penas accesorias. Destacan los argumentos expuestos por SILVA SÁNCHEZ y otros¹¹³. Su posición se fundamenta en las siguientes consideraciones:

- a) Las penas accesorias tienen una relación de dependencia respecto de la pena principal debiendo correr ambas la misma suerte.
- b) Tras la desaparición del art.97 CP de 1973 no existe ninguna disposición del legislador que excluya expresamente las penas accesorias de la suspensión condicional.

¹¹¹ En este sentido, Muñoz Conde, F/García Arán, M. (2002), ``Manual de derecho Penal. Parte General`` Valencia, p. 524; Llorca Ortega, J. (1976), ``Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad``, Vives Antón, pp. 238-239. Además el tenor literal de dicho artículo no se ha visto modificado por la LO 1/2015, lo que vendría a confirmar que el legislador sigue afirmando que la suspensión solo se adopta sobre las penas privativas de libertad.

¹¹² Gutiérrez Castañeda, ``Sobre la suspensión...``, ob. cit., p.4

¹¹³ En este sentido Silva Sánchez, ``La suspensión condicional.....``, ob. cit., pp. 751-758.

- c) La ejecución de las penas accesorias produce sobre el condenado claros efectos desocializadores que obstaculizan el logro de los fines de reeducación y reinserción social que atribuye el art.25.2 CE a las penas privativas de libertad y que constituyen el fundamento de la suspensión condicional.

Una vez que hemos puesto de manifiesto las diferentes posturas acerca de si debe o no suspender las penas accesorias podemos extraer una serie de conclusiones. Para GUTIERREZ CASTAÑEDA¹¹⁴, quienes rechazan la extensión de la suspensión condicional a las penas accesorias lo hacen basándose en el art.80.1 CP y no cree que deba ceñirse ahí la discusión pues interpreta que aunque son penas privativas de derechos y no se recogen en el artículo, están dotadas de una característica peculiar que las diferencia de todas las demás y es su especial relación con la pena principal.

Para poder resolver el problema, debemos analizar la concepción de las penas accesorias que mantiene el vigente CP y si son más o menos dependientes en relación con la pena principal, para lo cual habrá que atender a dos cuestiones, en primer lugar, la interpretación que se dé en el art.56 CP de 1995 y en segundo lugar, las funciones que las penas accesorias cumplen y su vinculación con las de la pena principal.

a) Interpretación del art. 56 CP

Normalmente, la doctrina mayoritaria define las penas accesorias como aquellas que no estando previstas específicamente en los tipos de la Parte Especial del Código, aparecen vinculadas a la imposición de determinadas penas principales. Por lo que las penas accesorias se encuentran en una relación de dependencia respecto de la principal, debiendo seguir su misma suerte¹¹⁵.

Sin embargo, la mala redacción del art.56 CP ha llevado a un importante sector de la doctrina a rechazar la definición habitual de las penas accesorias al interpretar que deja a un lado el automatismo que generalmente las caracterizaba, de forma que ya no depende exclusivamente de la extensión de la pena principal, sino que se encuentra condicionada por la gravedad del delito y su relación con los derechos susceptibles de privación o restricción, lo que determina que el juez deberá abstenerse de imponer penas accesorias si ninguno de estos derechos guarda relación con el delito cometido.

¹¹⁴ Gutiérrez Castañeda, ``Sobre la suspensión....'', ob. cit., p. 6.

¹¹⁵ Así lo pone de manifiesto Gutiérrez Castañeda, ``Sobre la suspensión....'', ob. cit., p. 7

Asimismo, la existencia en nuestro Código de penas que pueden imponerse independientemente de la naturaleza del delito cometido vulnera alguno de los principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado democrático de derecho como son los principios de intervención mínima del Derecho y de proporcionalidad¹¹⁶. En el primero se exige la necesidad de imponer única y exclusivamente aquellas penas que sean estrictamente necesarias para el cumplimiento de la función esencial del derecho penal y que la pena que se imponga sea adecuada para conseguir ese fin de prevención. En el segundo, la imposición de estas penas con independencia del delito cometido puede vulnerar el principio de proporcionalidad ya que se aplica la misma pena a conductas diferentes desde el punto de vista valorativo.

No obstante, si entendemos así el art. 56 CP para algunos autores supone una mayor independencia de las penas accesorias respecto de las principales y la posibilidad de que ambas sigan caminos diferentes. Es cierto que esto supone un cambio importante pero no da lugar a una nueva concepción de las penas accesorias como independientes de las principales y ello porque la pena accesoria es la imposición de una pena de prisión. También destaca, el hecho de que para poner la pena accesoria deba cumplir elementos relativos a la naturaleza y circunstancias del delito cometido, no conlleva su carácter independiente porque una vez impuesta sigue dependiendo de la pena principal¹¹⁷. Y por último, pese a las modificaciones que se han introducido sigue defendiéndose el concepto de pena accesoria dependiente y subordinada a la pena principal, por lo que ambas penas tienen que ir unidas no solo en su imposición sino también en su ejecución, lo que supone que la suspensión condicional de la pena de prisión afecte también a la accesoria que le acompañe¹¹⁸.

b) ¿Qué vinculación existe entre las funciones de las penas accesorias y la pena principal?

Para poder determinar el grado de dependencia que existe entre las funciones de ambas penas debemos de analizar por un lado, si las funciones que desempeña la pena accesoria son independientes de las de la pena principal o si, por el contrario, están vinculadas a éstas. Y en el caso de que sean independientes si se puede afirmar o no la autonomía de las penas accesorias respecto de la principal.

¹¹⁶ Gutiérrez Castañeda, ``Sobre la suspensión...'', ob. cit., pp. 8-9.

¹¹⁷ Expuesto por Gutiérrez Castañeda, ``Sobre la suspensión...'' ob., cit., p.10.

¹¹⁸ En este sentido Gutiérrez Castañeda

En primer lugar, tenemos que decir que las penas accesorias contienen un carácter aflictivo al tener limitaciones para el sujeto en la sociedad que en muchos casos son bastante graves, por tanto podemos afirmar que las penas accesorias del art. 56 CP cumplen funciones de prevención general y especial sin perjuicio de que haya ciertas matizaciones. En relación con la función preventivo-general parte de la doctrina considera que presenta un carácter perezoso y difuso, es decir, aquellas personas que están dispuestas a arriesgar su libertad sin que para ellos resulte una amenaza, hace que la pena privativa de derechos no suponga una fuerza paralizante. El efecto intimidatorio que supone la pena privativa de libertad es bastante mayor que la posible pena accesoria que puede conllevar consigo, ya que el sujeto en la mayoría de los casos ni se la planteara para cometer el delito. Aunque si es verdad que cierto efecto intimidatorio presenta para los casos más graves como por ejemplo el funcionario público que puede verse privado de su cargo.¹¹⁹

También presenta una función de prevención especial en el sentido de ``inocuidad`` del condenado, es decir, mediante su alejamiento de la actividad privándole de la posibilidad de cometer en el futuro hechos semejantes.

Sin embargo, los efectos de las penas accesorias además de promover la reeducación y reinserción social en muchos casos producen el efecto contrario que es la desocialización del sujeto¹²⁰, el cual se ve privado de realizar actividades como por ejemplo la profesional, lo que origina la pérdida de ingresos. Por tanto, que las penas accesorias cumplan una función propia y específica como acabamos de apuntar no supone la consideración de penas autónomas respecto de la principal, es decir, desempeñan sus funciones no individualmente sino como parte integrante de una respuesta penal más amplia complementando a la principal, cuyos efectos agrava.

El concepto de penas accesorias que se ha adoptado afirma sin duda que la extensión de la suspensión condicional de la pena de prisión alcance a la accesoria que acompañe sin que la exclusión de las penas privativas de derechos que establece el art.80.1 CP pueda oponerse a ello. Otro argumento más para suspender las penas accesorias es que estas suponen un obstáculo para la reinserción social y la reeducación del condenado, puesto que lo privan de la posibilidad de ejercer actividades que poseen

¹¹⁹ Gutiérrez Castañeda, ``Sobre la suspensión...``, ob. cit., pp.11-12.

¹²⁰ Gutiérrez Castañeda, ``Sobre la suspensión...``, ob. cit., p.13

para el sujeto una gran transcendencia social e incluso económica. Por tanto, entra en contradicción con los fines que establece el art.25.2 CE para las penas privativas de libertad, y lo único razonable es extender la suspensión condicional a las penas accesorias.

Por todo lo expuesto, parecería lógico pensar que si atendemos a la naturaleza que presentan estas penas deberían correr la misma suerte que la pena principal pues va unida a ella, ya que resultaría incoherente mantener una pena accesoria en aquellos casos que se suspende la principal y que por tanto resultaría injusto. Resulta insatisfactorio el argumento que exponen los que están en contra de la suspensión de la pena accesoria refiriéndose al art.80.1 CP pues se sobreentiende que si la pena principal lleva unida la accesoria si se suspende aquella conlleva la suspensión de ésta sin necesidad de concederle un artículo exclusivo para decir si se tienen que suspender o no. No obstante, lo más acertado por parte del legislador hubiera sido recoger la posibilidad de aplicar de forma potestativa la pena accesoria, dependiendo de las circunstancias que concurran en cada caso.

9. CONCLUSIONES

Primera.- La introducción de la privación de la patria potestad en el Código penal resulta adecuada, ya que era necesaria por los problemas que se planteaban en relación con la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. El legislador ha sido consciente de que la protección que ofrece la privación es mayor que la que se deriva de la inhabilitación por lo que otorga al juez penal la alternativa para que pueda aplicar una u otra según los hechos de cada caso en concreto. Con esto ha querido corregir aquellos casos en los que la limitación temporal de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y su extinción automática puedan determinar una protección insuficiente del menor víctima del delito. Por lo tanto, las circunstancias personales del menor serán factores a tener en cuenta por el juez para aplicar una u otra pena.

Segunda.- El contenido de la patria potestad se caracteriza como un conjunto de derechos y deberes de los padres sobre los hijos, cuyo ejercicio persigue que éstos reciban una formación y protección integrales, para que el menor alcance la madurez y conciencia adecuada que le permita el ejercicio responsable y pleno de sus derechos.

Tercera.- La privación de la patria potestad se puede considerar como una de las medidas de intervención de los poderes públicos más agresivas en el entorno familiar introducidas hasta ahora, por ello solo debe aplicarse de manera excepcional en los casos más graves debido a su carácter trascendental. Además, el interés del menor debe ser el principio inspirador de todos los procedimientos judiciales que tengan que ver con él.

Cuarta.- La modificación en la redacción del art.56 CP otorga al juez penal la posibilidad de aplicar como pena accesoria la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sin tener en cuenta la duración de la pena de prisión que se haya impuesto como principal. Esta reforma era necesaria puesto que resultaba incoherente que si se pudiera privar de tal derecho a una persona que hubiera cometido un delito con una pena de prisión inferior a diez años, y no a otra que realizara un delito más grave superando dicha pena. Además, este precepto exige que la pena accesoria tenga relación directa con el delito cometido, lo que impide su aplicación automática.

Quinta.- Con carácter general, el legislador ha otorgado al juez penal de forma explícita en el art. 39 CP la posibilidad de que pueda aplicar la pena de privación de la patria potestad cuando así lo aconseje el interés del menor, sin necesidad de tener que acudir posteriormente a la jurisdicción civil, evitando así una dualidad de procesos.

Sexta.- La nueva redacción del art.46 CP recoge de forma expresa que el juez puede dictar la pena de privación de la patria potestad respecto de todos o algunos de los hijos del condenado sin necesidad de que tenga que tener relación directa con el delito cometido. Esta posibilidad dota de mayor protección a los hijos menores que se encuentren bajo la patria potestad del progenitor condenado, ya que obligatoriamente los jueces tendrán que pronunciarse en la sentencia sobre que hijos recae o no, atendiendo a las circunstancias personales de los menores del caso en concreto y a la gravedad del delito cometido. Sin embargo, la función de prevención especial pretende proteger tanto a los hijos que han tenido relación con el delito cometido como a los hijos concebidos no nacidos que puedan verse afectados, lo que no quiere decir que para que se cumpla esta se deba de privar siempre a todos los hijos respecto de la patria potestad de sus padres, pues esto no sería lógico y por tanto tendrán que analizarse las circunstancias personales del menor y la posible vinculación que puede llegar a tener con el delito cometido.

Séptima.- La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad se diferencia únicamente de la pena de privación de la patria potestad en su carácter temporal, pues la primera supone la pérdida del ejercicio durante el tiempo de la condena, mientras que la segunda presenta carácter definitivo. Ésta pena puede llegar a tener carácter perpetuo en los casos de patria potestad prorrogada, lo que resulta contrario a los principios que informan el derecho penal en un Estado social y democrático de derecho, pues siempre que se impone una pena ésta debe comenzar y finalizar, por lo que el legislador debería haber previsto la posibilidad expresa de su recuperación.

Octava.- La privación de la patria potestad del condenado sobre su hijo supone la pérdida de los derechos sobre éste, no así de las obligaciones. Por tanto, tiene el deber de prestarle alimentos y educación. Ésta última subsiste solo en el plano material, es decir, si necesita clases particulares o va a una academia de idiomas lo que resulta coherente pues el otro progenitor no va hacerse cargo de todos los gastos.

Además, según el art.160 CC subsiste el derecho a relacionarse con el menor ya que es un derecho con el que cuenta el hijo respecto del padre, lo que no resulta lógico si se atiende al fin que persigue la pena pues solo se aplica en casos muy graves donde se pone de manifiesto su carácter excepcional y por tanto se debería haber recogido de forma expresa en el art.46 CP que solo subsistieran los derechos patrimoniales de los que sea titular el hijo respecto de su progenitor.

Por otro lado, el progenitor privado de la patria potestad puede ser desheredado y no tiene derecho a reclamar a su hijo el deber de proporcionarle alimentos.

Novena.- La pena de privación de la patria potestad y la inhabilitación, además de contemplarse como pena principal y como pena accesorio, puede aplicarse como medida cautelar. Esta posibilidad es muy acertada y otorga mayor protección al menor sobre todo en delitos de naturaleza sexual, en los que puede mediar un período de tiempo mientras proceden a la averiguación un delito.

Décima.- El CP no contempla de forma expresa la posibilidad de recuperación de la patria potestad cuando se adopte la pena con carácter definitivo. Sin embargo, aunque lo admitiera, lo más adecuado sería que la jurisdicción civil y no la penal fuera quien estuviera capacitado para dictar la recuperación de la patria potestad prevista en el

art.170 CC, puesto que están más especializados en temas de derecho de familia, y nadie mejor que ellos pueden valorar si cesaron las causas que motivaron la privación y si el progenitor se encuentra realmente rehabilitado para volver a ejercer los deberes paterno-filiales que le corresponden, todo ello supeditado al interés del menor. Ahora bien, si fuera así la decisión del juez civil podría restar eficacia ejecutiva a la sentencia dictada por un juez penal lo que tampoco resultaría coherente, ya que el *ius puniendi* del Estado solo corresponde a la jurisdicción penal.

Décimo primera.- La suspensión condicional de la pena de prisión se extiende a la pena accesoria de inhabilitación o privación, pues si atendemos a la naturaleza de las penas accesorias éstas van unidas a la principal como penas dependientes y por tanto corren la misma suerte. El CP vigente únicamente menciona que `` la suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados´´, recogido en el art.80 CP, por lo que si el legislador hubiera querido excluir algunas penas accesorias hubiera dedicado algún precepto para recogerlas como ya lo hizo en el CP de 1973. Además, la ejecución de la pena accesoria produce sobre el condenado claros efectos desocializadores que obstaculizan el logro de los fines de reeducación y reinserción social que otorga el art.25.2 CE a las penas privativas de libertad, lo que considero un argumento más a favor para afirmar la extensión de la suspensión a las penas accesorias. No obstante, lo más acertado sobre esta cuestión hubiera sido contemplar en el Código por parte del legislador la posibilidad de aplicar la pena accesoria de forma potestativa atendiendo a las circunstancias del caso en concreto.

Décimo segunda.- El carácter obligatorio que presenta el art.79 CP recalando la obligatoriedad de la imposición de las penas accesorias, nos conduce a pensar si es una facultad del juez aplicarlas o está obligado a ello. Ahora bien, el principio acusatorio exige que las penas accesorias referidas al apartado tercero del art.56 CP, entre las que se encuentra la pena de privación de la patria potestad, para poder se impuestas requiere previa petición de la parte acusadora, para que así el acusado pueda aportar las pruebas que estime convenientes en su defensa, y por tanto ser sometida a debate en el juicio oral para ver si tiene relación directa con el delito cometido o no. Sin embargo, si estas no guardan relación con el delito cometido o no se demuestra en el juicio, el juez deberá imponer otra pena accesoria que no requiera tal condición de las que ofrece el art.56 CP, que generalmente suele ser la inhabilitación para el sufragio pasivo.

Décimo tercera.- Con carácter general, no se comprende del todo bien lo que legislador ha pretendido con la inclusión de dicha pena, pues si pretendía resolver la limitación temporal de la inhabilitación en aquellos casos en los que resultaba insuficiente para el menor, ahora ha introducido una pena que puede llegar a tener duración indeterminada con la que se puede extinguir la institución. Lo más acorde hubiera sido incluir dicha pena con posibilidad de recuperación cuando el interés del menor lo reclame, o al menos contemplar un mecanismo que permitiera revisar la pena del condenado para recuperar la patria potestad sobre sus hijos en caso de que las causas que motivaron la privación hubieran cesado.

10. BIBLIOGRAFÍA

Acale Sánchez, M. (2010), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009*, Valencia, Tirant lo Blanch

Acedo Penco, A. (2013), *``Derecho de familia``*, Dykinson

Bernal Valls, J. (1999) *``Las penas privativas de derechos en el nuevo Código penal``* RGD.

Castillo Martínez, C. (2010), *`` La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales``*, *Ámbito de la privación de la patria potestad*, Valencia, La Ley, edición nº2 (la ley 5075/2011),

Covadonga Ruisánchez, C. (2006), *``La privación de la Patria Potestad``*, Barcelona, Atelier

Covadonga Ruisánchez, C. (2007), *`` Privación de la Patria Potestad y Proceso Penal``*, comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006, Barcelona, Indret 4/2007

Covadonga Ruisánchez, C. (2009), *``Nota sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal``*, Barcelona, Indret 2/2009,

De Lamo Rubio, J. *Penas y medidas de seguridad en el Nuevo Código*, Barcelona, Bosch

Domínguez Izquierdo. EMª, (2014), *``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*, nº112, I, época II

Flores Rodríguez, J. (2012), *`` La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores``*, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº90

Gallego Díaz, M. (2011) *``Modificaciones introducidas en el sistema de penas``*, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias económicas y empresariales*, ICADE.

- García Presas, I. (2013), `` La patria potestad'', Dykinson S.L
- Gutiérrez Castañeda, A. (2004), ``Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias'', Octubre, Diario la ley, nº 6114 (ley 2308/2004), Ref. D-216
- Gutiérrez Castañeda, A. (2009), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch
- Llorca Ortega, J. (1976), ``Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad'', Vives Antón
- Mapelli Cafarena, B. (2011), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Pamplona.
- Molina Blázquez, C. ``La aplicación de la pena'', *Estudio practico de las consecuencias jurídicas del delito*, 2ª edición actualizada
- Muñoz Conde, F/García Arán, M. (2002), ``Manual de derecho Penal. Parte General'' Valencia
- Ravetllat Ballesté, I. (2012), *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2
- Silva Sánchez, JM^a, (1999), ``La suspensión condicional de la pena privativa de derecho y la pena accesoria de inhabilitación especial para la ejecución de profesión u oficio'', *Actualidad Penal*, nº39.
- Zurita Martín, I. (2003), `` La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal'', *Actualidad Civil*, nº32, septiembre, Ref. XLVIII (La Ley 1395/2003)