

Nota sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal

Covadonga Ruisánchez
Capelastegui

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

El Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, aprobado el 14 de noviembre por el Consejo de Ministros, introduce, entre otras novedades, la pena de privación de la patria potestad. La reforma resolvería algunos de los problemas que plantean las disposiciones vigentes relativas a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, esencialmente su duración limitada en el tiempo y su restringido ámbito de aplicación, penas de prisión inferiores a diez años (art. 56 CP).

The Criminal Code reform proposed by the Spanish Government in November 2008 introduces, among other measures, a new penalty: the deprivation of parental responsibility concerning parents' rights. This reform would solve some of the problems of the legislation in force, since the most similar penalty has a limited duration and its imposition is restricted to crimes punished with less than ten years of prison.

Title: Notes on the Deprivation of Parental Responsibility in the Spanish Criminal Code Reform

Palabras clave: Privación de la patria potestad, Código Penal, Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad

Keywords: Deprivation of Parental Responsibility, Criminal Code

Sumario

1. Presentación

2. Contenido de la reforma

2.1. Definición de la pena de privación de la patria potestad (art. 46 A-CP)

2.2. Configuración jurídica de la pena de privación de la patria potestad

a. La privación de la patria potestad como pena principal

b. La privación de la patria potestad como pena accesoria: art. 55 y 56 CP

c. La privación de la patria potestad como medida de seguridad

3. Conclusiones

4. Tabla comparativa Código Penal vigente y Anteproyecto de modificación del Código Penal

5. Bibliografía

1. Presentación

El 14 de noviembre de 2008, el Consejo de Ministros aprobó el [Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal](#) (en adelante, A-CP). Una de las novedades que presenta este anteproyecto es la introducción de la pena de privación de la patria potestad entre las penas privativas de derechos¹.

El Código Penal vigente sólo recoge la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, pena que presenta similitudes con la privación de la patria potestad pero que plantea claros problemas de infraprotección de la víctima del delito². Aunque desde un punto de vista doctrinal podría defenderse la posibilidad de que el juez penal aplique la privación de la patria potestad, el Tribunal Supremo ha negado expresamente que sea posible en la vía penal privar de la potestad si el Código Penal no prevé expresamente dicha posibilidad³.

Según la exposición de motivos del anteproyecto, los motivos que justifican la incorporación de la privación de la patria potestad en el Código Penal son básicamente dos: el interés del menor y razones de economía procesal. Se señala que el mismo art. 170 CC –que regula el supuesto de hecho de la privación de la patria potestad– contiene una atribución legal que determina una extensión de la jurisdicción de los tribunales penales a cuestiones que, en principio, corresponden a la jurisdicción civil.

La regulación que propone el A-CP sobre la pena de privación de la patria potestad resuelve algunos de los problemas que planteaba hasta el momento la regulación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

En primer lugar, el carácter necesariamente temporal de la pena de inhabilitación, que planteaba situaciones de desprotección a la víctima del delito; ya que una vez transcurrido el tiempo de la

¹ Figura que fue excluida del Código Penal en 1995 (en adelante, CP). El anterior Código Penal de 1973 sí incluía la posibilidad de que el juez penal privara de la patria potestad. En la legislación anterior había, pues, una remisión a instituciones civiles: la privación o la suspensión de la potestad. De hecho, la doctrina dudaba de la naturaleza penal o civil de estas consecuencias jurídicas, véase Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR (1996, p. 121).

² Un estudio detallado de ambas figuras en Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (2006).

³ *Vid.* como ejemplo reciente la STSJC 15.1.2007 (JUR 2007\220875; MP: Nuria Bassols Muntada), que anula la sentencia de instancia que privaba de la patria potestad en un procedimiento penal por homicidio. El supuesto de hecho de esta sentencia hace referencia a un policía local casado y con dos hijos menores de edad que asesina a su mujer disparándola y golpeándola con el arma reglamentaria mientras dormía. Se le condena a la pena de prisión de 20 años por el delito de asesinato.

condena, el condenado recuperaba automáticamente la patria potestad⁴. En el A-CP, el juez penal, al privar de la patria potestad, aplica el Código Civil y ello impide que se vincule la privación de la potestad a la duración de la condena penal, que siempre ha de ser temporal.

En segundo lugar, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad se regulaba como pena accesoria sólo respecto a las penas de prisión inferiores a diez años (art. 56 CP); sin que se encontrara justificación a la imposibilidad de aplicar la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de pena de prisión superior a diez años⁵. Los art. 55 y 56 A-CP establecen que la privación de la patria potestad se podrá imponer como pena accesoria a la pena de prisión; sea ésta inferior o superior a los 10 años.

2. Contenido de la reforma

2.1. Definición de la pena de privación de la patria potestad (art. 46 A-CP)

La reforma mantiene la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad e incorpora la pena de privación de la patria potestad. Ésta es una de las penas privativas de derechos (art. 39.j) A-CP), que se consideran penas graves (art. 33.2.k) A-CP).

Privación de la patria potestad e inhabilitación para el ejercicio de la misma son figuras semejantes, en el sentido de que tanto el progenitor inhabilitado para el ejercicio del derecho de patria potestad como el progenitor privado de la potestad de los padres pierde los derechos o facultades propios de la potestad de los padres, pero conserva los deberes que conlleva. Ahora bien, la pena de inhabilitación no comporta la pérdida de la titularidad de la patria potestad, sino que limita su ejercicio⁶ y, en cambio, la privación de la patria potestad supone la extinción de la titularidad.

El art. 46 A-CP define la pena de privación de la patria potestad como la pérdida de la titularidad de la patria potestad, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto a su progenitor.

Art 46 A-CP. La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto de su progenitor. El juez o tribunal podrá

⁴ Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (2007).

⁵ Vid. Josep FERRER RIBA (2000, p. 641).

⁶ Afirma literalmente Jaime DE LAMO RUBIO (1997, p. 132) que “se produce una pérdida del ejercicio de la patria potestad, pero no se extingue la misma”.

acordar estas penas respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

Una de las primeras cuestiones que plantea el art. 46 A-CP es determinar si el anteproyecto de reforma del Código Penal se remite a la figura civil de la privación de la patria potestad o regula una figura autónoma.

La exposición de motivos del A-CP parece indicar que se trata de la misma figura al señalar que lo que pretende esta modificación legislativa es “otorga[r] al Juez o Tribunal penal la facultad de aplicar lo dispuesto en el art. 170 del Código Civil” y así creo que debe interpretarse por coherencia del ordenamiento jurídico y por seguridad jurídica. Hay que entender, por tanto, que el Código Penal se remite a la totalidad de la regulación civil sobre la privación de la patria potestad, entre otros aspectos, sus presupuestos y causas de recuperación.

Otra duda que suscita la incorporación de la privación de la patria potestad en el Código Penal es si se altera la naturaleza protectora de esta medida. Su configuración como pena permite señalar el carácter punitivo de la misma, en el sentido de que supone la sanción de la pérdida de un derecho; ahora bien, creo que es importante destacar, tanto en la regulación como pena principal o como accesoria, que su aplicación deriva de la naturaleza de protección al menor de edad que se pretende: debe adoptarse en interés y beneficio del menor⁷. La privación de la patria potestad es una medida de protección del menor de edad, cuya aplicación debe prescindir de la voluntad de sancionar la conducta de los progenitores y debe centrarse en la apreciación de un daño o de un riesgo probable del mismo para el desarrollo del menor de tal entidad que exija que se adopte esta medida.

2.2. Configuración jurídica de la pena de privación de la patria potestad

a. La privación de la patria potestad como pena principal

El A-CP contempla la pena de privación de la patria potestad como pena principal en las disposiciones comunes a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192.2 A-CP).

Art. 192 A-CP

[...]

2. 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 definitiva de la patria potestad.

Ciertamente es en el ámbito de este tipo de delitos donde la demanda social de medidas de protección eficaces para los menores afectados ha sido más relevante⁸. En este sentido, conviene

⁷ Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (2007, pp. 35 y 128).

⁸ La propuesta de modificación del art. 192 CP tiene su origen en la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso sobre reformas del Código Penal en relación con los delitos de abusos sexuales a menores, aprobada con modificaciones el 3.6.2008, publicada en el BOCG, serie D, núm. 30, de 10 .6. 2008. El crimen perpetrado contra una niña de cinco años de Huelva, Mari Luz Cortés (caso Mariluz) por parte de

reiterar la oportunidad que supone incorporar la privación de la patria potestad en estos delitos, de forma similar a como el art. 193 CP legitima al juez penal para que, en las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, pueda hacer pronunciamientos relativos a la filiación y a la fijación de alimentos.

Sin embargo, por el tipo de medida de que se trata, entiendo que el legislador no debería haber ceñido la aplicación de la pena de privación de la patria potestad a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Si se considera la finalidad de la medida, habría sido más lógico incluir la pena de privación de la patria potestad en todos los delitos que ya contemplan la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad como penal principal. Así, la futura reforma del Código Penal debería extender la pena de privación de la patria potestad a los siguientes delitos con carácter potestativo: tráfico de menores (art. 221 CP); sustracción de menores (art. 225 CP); delitos de suposición de parto, ocultación, entrega o sustitución para alterar la filiación (art. 220, 221 CP); incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad (art. 226 CP); abandono de menores y delito de utilización o tráfico de menores para la mendicidad (art. 229 a 232 CP); malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar: (art. 153 y 173 CP); lesiones (art. 149 CP).

Otro aspecto criticable de la propuesta de modificación del art. 192.2 A-CP es que el legislador literalmente hace referencia a la privación *definitiva* de la patria potestad. En la versión del proyecto de ley debería eliminarse el adjetivo *definitiva*. Como he señalado al principio, debe entenderse que el Código Penal al recoger la privación de la patria potestad se remite en todo momento a la figura civil de la privación de la patria potestad y ésta, por su propia naturaleza, nunca es una medida definitiva. El art. 170.2 CC contempla la posibilidad de recuperación de la privación de la patria potestad si cesan las causas que la motivaron. Algunas de las críticas que ha recibido el A-CP hacen referencia a este aspecto del articulado y consideran que debería eliminarse la referencia a la privación definitiva⁹.

b. La privación de la patria potestad como pena accesoria: art. 55 y 56 CP

El legislador en el A-CP sale al paso de una incoherencia que presenta la legislación vigente respecto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, que puede ser una pena accesoria sólo respecto de las penas de prisión de hasta diez años, si se dan los requisitos que recoge el art. 56 CP¹⁰: la gravedad del delito y la relación directa del derecho de potestad de los

un pedófilo que ya antes había abusado sexualmente de otros menores, determinó la presentación de esta Proposición no de Ley.

⁹ El [Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Reforma del Código Penal](#), de 26.2.2009, en su punto 7.6, reclama la supresión de la referencia a la pérdida definitiva de la patria potestad de acuerdo con el principio de unidad del ordenamiento y a la vista de lo dispuesto en el art. 170 del Código civil, por entender que no se contempla la imposibilidad de recuperarla.

¹⁰ Según el art. 54 CP, las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, **no imponiéndose especialmente**, la Ley declare que **otras penas las llevan consigo**.

padres con el delito cometido. En cambio, no puede imponerse la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad como pena accesoria respecto de las penas de prisión superiores a los diez años, ya que el art. 55 CP no contempla esta posibilidad.

El anteproyecto de modificación del Código Penal simplifica y da coherencia a la regulación de esta materia en un doble sentido. En primer lugar, respecto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, amplía su aplicación a las penas de prisión igual o superior a diez años (art. 55 A-CP). En segundo lugar, se incorpora la privación de la patria potestad como pena accesoria en relación con la pena de prisión, sea inferior, igual o superior a los diez años (art. 55 y 56 A-CP).

c. La privación de la patria potestad como medida de seguridad

El A-CP no modifica el art. 107 CP, que recoge la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad como medida de seguridad, pero no la privación de la patria potestad.

Tal como hemos dicho respecto a la regulación de la privación de la patria potestad como pena principal, esta ausencia parece más un olvido del legislador o un fallo de sistemática que una voluntad de excluir su aplicación en estos supuestos.

Si se considera la finalidad de la regulación de las medidas de seguridad se ve claramente la necesidad de considerar la oportunidad de incluir la privación de la patria potestad, junto a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad. Las medidas de seguridad se aplican en aquellos casos en que la persona que ha cometido un acto delictivo es declarada exenta de responsabilidad criminal pero se mantiene la peligrosidad del autor, entendida como probabilidad de comisión de futuros delitos¹¹. Como he dicho anteriormente, será el juez el que, atendiendo a las circunstancias del caso, deba valorar si cumplen mejor la finalidad de prevención especial una u otra medida.

3. Conclusiones

Algunos sectores han criticado de forma global el anteproyecto destacando el peligro que implica que el Gobierno marque las reformas legales a golpe de telediario¹². En la parte del anteproyecto que se comenta en este trabajo se constata esta realidad: si bien merece aplaudirse la introducción de la privación de la patria potestad en el Código Penal, ya que entiendo que esta reforma era necesaria, la técnica legislativa es mejorable especialmente en aspectos de sistemática, tal como se ha señalado a lo largo de este trabajo. Cabe confiar que en el íter legislativo estos errores queden subsanados.

En la propuesta legislativa se le da al juez penal la alternativa de poder aplicar la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, institución penal que debe, por tanto,

¹¹ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN (2000, p. 653).

¹² [Informe de la Unión Progresista de Fiscales sobre el anteproyecto de modificación del Código penal](#), diciembre de 2008.

interpretarse y aplicarse con arreglo al ordenamiento penal, o aplicar la privación de la patria potestad, institución civil que debe, a su vez, interpretarse y aplicarse con arreglo al ordenamiento civil.

El legislador ha sido consciente de que la protección que ofrece la medida civil de la privación de la patria potestad es mayor que la que deriva de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y que, según los hechos de cada caso, puede ofrecer ventajas comparativas, señaladamente evitar el peregrinaje de jurisdicciones. El legislador ha querido corregir la eventualidad de 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. Las circunstancias personales de los menores a los que ha causado un perjuicio el delito, en especial la edad, así como por ejemplo la posibilidad de ser adoptado, serán factores a tener en cuenta por el juez para valorar la conveniencia de aplicar uno u otra pena.

4. Tabla comparativa Código Penal vigente y Anteproyecto de modificación del Código Penal

| Código Penal vigente | Anteproyecto modificación Código Penal |
|---|---|
| <p>Art. 33 CP. 1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves.</p> <p>2. Son penas graves:</p> | <p>Art. 33 A-CP. 1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves.</p> <p>2. Son penas graves:</p> <p>[...]</p> <p>k) La privación de la patria potestad.</p> |
| <p>Art. 39 CP Son penas privativas de derechos:</p> <p>[...]</p> <p>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.</p> | <p>Art. 39 A-CP Son penas privativas de derechos:</p> <p>[...]</p> <p>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.</p> <p>[...]</p> <p>j) La privación de la patria potestad.</p> |

Art. 46 CP. La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. El juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

Art. 55 CP. 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.

Artículo 56 CP. 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:

[...]

3ª Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo

Art. 46 A-CP. La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. **La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto de su progenitor.** El juez o tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

Art. 55 A-CP. 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**, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.

Artículo 56 A-CP. 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:

[...]

3ª Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho,

determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.

2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas.

TÍTULO VIII

Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

[...]

CAPÍTULO VI

Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

[...]

Art. 192 CP

[...]

2. 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.

así como 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.

2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas.

TÍTULO VIII

Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

[...]

CAPÍTULO VI

Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

[...]

Art. 192 A-CP

[...]

2. 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 definitiva de la patria potestad.**

5. Bibliografía

Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR (1996), en *Las Consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, en Luis GRACIA MARTÍN (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia.

Josep FERRER RIBA (2000), "Comentario art. 136 CF", en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Joan EGEA FERNÁNDEZ; Josep FERRER RIBA (directores), Tecnos, Madrid.

Jaime DE LAMO RUBIO (1997), *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Bosch, Barcelona.

Francisco MUÑOZ CONDE; Mercedes GARCÍA ARÁN (2000), *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (2006), *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona.

--- (2007), "Privación de la patria potestad y proceso penal. A propósito de la STS, 2ª, 28.4.2006", *InDret* 1/2007.