

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POSTESTAD O LA
INHABILITACIÓN PARA SU EJERCICIO
COMO MEDIDA REDUCCIONISTA DE LA PENA DE PRISIÓN EN EL
MARCO DE LA MEDIACIÓN

MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE

Profesor Contratado Doctor (acreditado a Titular) en Derecho Civil,
Universidad de Granada

Murcia, marzo 2016

Resumen

Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. 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. En causa criminal son privativas de derechos: la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y la privación de la patria potestad. La justicia restaurativa, concretamente la mediación penal, es un instrumento para reparación del daño causado. *De lege ferenda*, en interés del menor, podrá reducirse la pena de prisión por la imposición o aumento de las penas privativas de derechos relativas a la patria potestad en el marco de la justicia restaurativa.

Palabras Clave: Patria potestad, privación, justicia restaurativa, víctima, victimario, menor, pena de prisión.

Abstract

The non-emancipated children shall be under the parents' parental authority. The father or the mother may be deprived in whole or in part of their authority pursuant to a judgement on grounds of the breach of the duties inherent thereto, or issued in criminal or matrimonial proceedings. In criminal proceedings, are penalties of deprivation of rights: the special barring of parental rights and the deprivation of parental rights. The restorative justice, specifically victim-offender mediation, it is a tool to repair the harm they've done. De lege ferenda, in the interest of the child, it may be reduced the prison sentence for the imposition or increase of disqualifications relating to parental authority within the framework of the restorative justice.

Keywords: *Parental authority, deprivation, restorative justice, victim, offender, children, prison sentence.*

SUMARIO: I. LA PRIVACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 1. La patria potestad o ejercicio de las “potestas” socialmente reconocida. 2. La privación de la patria potestad en el Derecho común y foral. 3. El carácter excepcional de la medida. Doctrina jurisprudencial. II. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CAUSA CRIMINAL. III. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO PENA PRIVATIVA DE DERECHOS. IV. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD O LA INHABILITACIÓN PARA SU EJERCICIO Y LA “ELASTICIDAD DE LA PENA DE PRISIÓN” A PARTIR DE LOS SERVICIOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA. 1. La mediación penal. Breves consideraciones. 2. Las sentencias de conformidad. 3. La reducción de la pena de prisión en relación a la pena de privación de la patria potestad o inhabilitación especial para el ejercicio de la misma. Conclusiones.

I. LA PRIVACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

1. La patria potestad o ejercicio de las “potestas” socialmente reconocida

De acuerdo con el artículo 154 del Código Civil, los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. De esta forma, la patria potestad se configura como deber-poder en el marco de la relación jurídica que se establece entre padres e hijos por el hecho del nacimiento de éstos últimos.

En el ámbito de los deberes, se manifiesta como “corresponsabilidad parental”, de ambos progenitores, bajo el principio de actuación en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Más concretamente, deberán: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Del mismo modo, en el ámbito de los poderes que se otorgan, los padres podrán: Representarlos y administrar sus bienes, lo que incluye no solo derechos o facultades en su ejercicio, sino cierto grado también de responsabilidad. Como dice FLORES RODRÍGUEZ, “El ejercicio de la patria potestad tiene su fundamento en la obligación de atender las necesidades más básicas del menor de edad, como su bienestar, protección, salud, educación e integridad moral, durante el período de crecimiento hasta que el menor, tras la adolescencia, alcance definitivamente la mayoría de edad”¹.

* El presente artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, DER2012-35860 “Variables para una moderna política criminal superadora de la contradicción expansionismo-reduccionismo de la pena de prisión”.

¹ FLORES RODRÍGUEZ, M. “La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores”. *La Ley Penal*, núm. 90, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2012, Editorial LA LEY (edición electrónica).

Es indudable la configuración en nuestro Derecho de la patria potestad, como un elenco de deberes de los padres respecto de los hijos², lo que no estamos del todo de acuerdo, pues, entendemos, es más cierto, los padres, por “naturaleza humana”, entienden que el cuidado de los hijos es un derecho que se ejerce bajo la “*potestas*”, o la facultad de ejercicio en nombre de otro (hijos) socialmente reconocido. Se contraponen con la “*auctoritas*” en su acepción de poder reconocido, como es el caso de los tutores.

A más abundamiento, el “cuidado de la familia”, como principio “moral” o “universal”, es un comportamiento habitual del ser humano, las normas positivas actúan, de esta forma, como instrumentos de corrección en caso de contravención de la “ley natural”; o en los supuestos dudosos de cumplimiento efectivo, como, entre otros, pueden ser las situaciones conflictivas en los casos de crisis matrimonial. El propio Código Civil los declara “deberes inherentes”.

De esta forma, entendemos que el vínculo que se produce entre padres e hijos, es más humano y social que jurídico (relación jurídica paterno-filial). Pero ello no obsta para que su reconocimiento esté normativizado, desde el nacimiento hasta la muerte, incluso más allá, en la transmisión del patrimonio o herencia (legítima).

El nacimiento determina la vinculación jurídica con los progenitores, los cuales no pueden ausentarse de sus deberes. Así, el artículo 92.1 del Código Civil, en los supuestos de crisis matrimonial, dispone que: “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”; el artículo 110, respecto a la filiación: “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”; el artículo 143, en cuanto a la prestación de alimentos: “Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes”; el citado artículo 154: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad

² “El Código Civil, en su artículo 154, define y matiza las relaciones paternofiliales en la actualidad, con la finalidad de proteger y defender, en todo momento, los intereses, el beneficio y el bienestar de los hijos menores de edad, de acuerdo con su personalidad y respetando su integridad física y psicológica. Se impone, en consecuencia, el deber de respeto hacia el menor por parte de sus progenitores, estableciendo la institución de la patria potestad como función, lo que supone e implica que los progenitores han de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía y procurarles una formación integral, además del deber de representarlos y administrar sus bienes. Se establece, asimismo, en el citado artículo 154 del Código Civil el deber de oír a los hijos, siempre que éstos tuvieren suficiente juicio y con anterioridad a la toma de decisiones que les afecten. En el año 2.005, se suprimió la referencia que hacía este precepto en el sentido de que los progenitores podrían corregir razonable y moderadamente a los hijos”, ROMERO COLOMA, A. M. “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4, 2015, (edición electrónica).

parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes”.

2. La privación de la patria potestad en el Derecho común y foral

El incumplimiento de dichos deberes-poderes supone, por un lado, el reproche social; y, por otro, la contravención de la norma positiva. En este sentido, los ordenamientos disponen de reglas de suspensión o privación de la “*potestas*”.

Así, el artículo 170 del Código Civil dispone 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”.

Dicha privación total o parcial ha de basarse en una causa fundada, por lo que, desaparecida la causa que la motivó, se produce su recuperación, siempre en beneficio e interés de los hijos. Dicha facultad, corresponde a los tribunales, conforme al mismo precepto del Código Civil.

Las causas civiles de la pérdida total o parcial y, en su caso, su recuperación pueden venir determinadas por:

- El incumplimiento de los deberes a la misma.
- Determinada en causa matrimonial.
- Dictada en causa criminal.

Además de la regulación que se contiene en el Código Civil, los diferentes ordenamientos forales, disponen de normas que regulan la privación y suspensión de la patria potestad.

Esta normativa es de indudable valor para este estudio, ya que, de acuerdo con el artículo 46 del Código Penal (en adelante, CP), y a los efectos del mismo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas.

Así, en Navarra, la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, en su Ley 66, dispone que: “Privación de la patria potestad. El padre o la madre podrán ser privados total o

parcialmente de su potestad por sentencia firme. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación”.

En Aragón, como dice ROMERO COLOMA, los textos civiles del siglo XX, tanto el Apéndice de 1925, como la Compilación de 1967, no utilizan el término patria potestad, sino que hablan de autoridad paterna (art. 2º Apéndice de 1925) o autoridad familiar (arts. 9-10 Compilación de 1967)³.

Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, del mismo modo, utiliza el término “autoridad familiar”⁴.

La privación se contiene en el artículo 90, de tal manera que, en interés del hijo, cualquiera de los padres podrá ser privado total o parcialmente de la autoridad familiar por sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial; igualmente, los Tribunales podrán, en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación; y podrá extenderse a la autoridad familiar de otras personas. Además, también podrá suspenderse en ciertos supuestos⁵.

³ ROMERO COLOMA, A. M. “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”. *Loc. cit.*, edición electrónica.

⁴ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, Artículo 63. Titularidad. 1. El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres. 2. Puede corresponder a uno solo de ellos o a otras personas en los casos legalmente previstos.

⁵ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, Artículo 91. Suspensión. 1. La autoridad familiar quedará en suspenso, en su caso solo para el titular afectado, mientras dure: a) La tutela automática de la entidad pública. b) La declaración de fallecimiento o ausencia del titular o titulares, o de alguno de ellos, así como la declaración de fallecimiento del hijo. c) La incapacitación del titular o titulares, o de alguno de ellos, a no ser que la sentencia haya dispuesto de otro modo. d) La imposibilidad de ejercerla declarada en resolución judicial. 2. La asunción de hecho de la autoridad familiar por otras personas no conlleva la suspensión de la de los padres. Artículo 92. Consecuencias de la privación o suspensión. 1. La privación o suspensión de la autoridad familiar no suprime las obligaciones de los padres establecidas en los artículos 58 y 59. 2. Si es privado de la autoridad familiar o suspendido en ella uno solo de los titulares, continúa ejerciéndola el otro conforme al artículo 72. 3. La resolución judicial que establezca la privación o suspensión de la autoridad familiar a ambos titulares, o al único titular de ella, determinará el régimen de guarda o protección, y nombrará a la persona o personas que hayan de cumplir estas funciones. Si la resolución estableciera la autoridad familiar de otras personas, proveerá también sobre la administración y disposición de los bienes del menor.

En Cataluña, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, habla de “potestad parental” y de “responsabilidad parental”⁶.

En primer lugar, la normativa se refiere a la denegación, suspensión y modificación de las relaciones personales; la cual se produce: si incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o existe otra justa causa. La singularidad, respecto a otros ordenamientos forales, radica en la descripción de la “justa causa”. En este sentido, existe justa causa si los hijos sufren abusos sexuales o maltrato físico o psíquico, o son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista⁷.

En segundo lugar, regula la privación de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, y, existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista; o no manifiestan interés por el menor o incumplen el régimen de relaciones personales durante seis meses; en cualquier caso, la autoridad judicial podrá acordar la recuperación de la misma -en causa civil-⁸.

⁶ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, Artículo 236-1. Titulares de la potestad parental. Los progenitores, para cumplir las responsabilidades parentales, tienen la potestad respecto a los hijos menores no emancipados. La potestad parental puede extenderse a los hijos mayores de edad incapacitados prorrogándola o rehabilitándola.

⁷ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, Artículo 236-5. Denegación, suspensión y modificación de las relaciones personales. 1. La autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores o de las demás personas a que se refiere el artículo 236-4.2 a tener relaciones personales con los hijos, así como puede variar sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o existe otra justa causa. Existe justa causa si los hijos sufren abusos sexuales o maltrato físico o psíquico, o son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista. 2. La entidad pública competente puede determinar como deben hacerse efectivas las relaciones personales con los menores desamparados e, incluso, suspenderlas si conviene al interés del menor.

⁸ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, Artículo 236-6. Privación de la potestad parental. 1. Los progenitores pueden ser privados de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista. 2. Existe causa de privación de la potestad parental sobre el menor desamparado si los progenitores, sin un motivo suficiente que lo justifique, no manifiestan interés por el menor o incumplen el régimen de relaciones personales durante seis meses. 3. La privación de la potestad parental debe decretarse en un proceso civil o penal y es efectiva desde que la sentencia deviene firme, sin perjuicio de que pueda acordarse cautelarmente suspender su ejercicio. 4. Están legitimadas para solicitar la privación de la potestad parental las personas a que se refiere el artículo 236-3.2 y, en el caso de los menores desamparados, la entidad pública competente. 5. Si se ha solicitado en la demanda, puede constituirse la tutela ordinaria en el propio procedimiento de privación de potestad parental, previa audiencia de las personas legalmente obligadas a promover su constitución. 6. La privación de la potestad no exime a los progenitores de cumplir la obligación de hacer todo lo que sea necesario para asistir a los hijos ni la de prestarles alimentos en el sentido más amplio. Artículo 236-7. Recuperación de la potestad parental. La autoridad judicial debe disponer, si el interés de los hijos lo aconseja, la recuperación de la

3. El carácter excepcional de la medida. Doctrina jurisprudencial

Como ha recordado en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “estas medidas sólo deben aplicarse en circunstancias excepcionales y únicamente pueden justificarse si están motivadas por una exigencia imperativa relativa al interés superior del niño”⁹.

En nuestra jurisprudencia se ha dicho que: “la patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución, de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación, que, además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Judicial del Menor (art. 2), que continúa la referida sentencia afirmando que con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses, que por ello, la propia Convención, en su art. 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la Ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño”¹⁰.

II. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CAUSA CRIMINAL

Como expusimos más arriba, de acuerdo con el artículo 170 del Código Civil dispone que “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su

titularidad y, si procede, del ejercicio de la potestad parental, si ha cesado la causa que había motivado su privación.

⁹ (Entre otras, SSTEDH 17.07.2012, MD y otros v. Malta; y 7.08.1996, Johansen v. Noruega).

¹⁰ STS 24.04.200; citada en SAP Álava núm. 326/2004, de 29 de septiembre.

potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”.

De esta forma, la normativa civil, admite que la privación de la patria potestad pueda dictarse en un proceso penal. Pero dicha “sanción” es motivada por causas distintas a las civiles, aunque esta cuestión no ha sido siempre así. En este sentido, la Doctrina jurisprudencial ha venido a concretar la aplicación de las normas civiles por el juez penal con diferentes criterios en el tiempo.

Así, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1993, se interpretó el artículo 170 del Código Civil como una remisión al orden jurisdiccional penal justificando la aplicación en él de las normas civiles de privación de la patria potestad por incumplimiento de sus inherentes deberes.

Fue por Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1994, donde se declaró que una interpretación correcta del artículo 170 del Código Civil, y las exigencias insoslayables del principio de legalidad penal, sólo permiten acordar esta medida en aquellos casos en que las características del delito enjuiciado han llevado al legislador a establecer como accesoria la privación de la patria potestad sin que se pueda extender por analogía a otros supuestos diferentes. Esta opción complementaria de la pena sólo se puede acordar cuando un determinado precepto penal así lo ha previsto, siempre en función de las especiales características del delito incriminado. Esta decisión está perfectamente justificada en los delitos de abandono de familia y en los relativos a la prostitución o corrupción de menores, pero no tiene encaje legal en los supuestos de homicidio o parricidio. Y debe significarse que la improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad por el Tribunal penal fue aprobada por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2000.

Estos criterios cambian sustancialmente con posterioridad, así la importante Sentencia del Tribunal Supremo 780/2000, de 11 septiembre, reiterada en otras muchas posteriores, vino a interpretar dicho extremo.

“La privación de la patria potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un delito de homicidio cometido contra la madre carece por tanto de fundamento legal en el Código Penal”.

Y dicha privación de la patria potestad no puede justificarse por el incumplimiento de las normas de Derecho de familia.

“Tampoco cabe en este caso acordar la privación de la patria potestad mediante la directa aplicación por el Tribunal penal de las normas de Derecho de familia,

que dentro del ámbito del Derecho Privado, disciplinan aquella institución, y cuya aplicación compete a la jurisdicción civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes. Los Juzgados y Tribunales ejercen su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la Ley tal como dispone el artículo 9.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Es una cuestión de competencia objetiva, dejando al juez penal el conocimiento y enjuiciamiento de la causa criminal, configurándose la privación de la patria potestad como una pena principal o accesoria, de acuerdo con la norma penal.

“Corresponde al orden jurisdiccional penal el conocimiento de las causas y juicios criminales (art. 9.3 LOPJ), ámbito jurisdiccional al que pertenecen las normas del Código Penal sobre privación de la patria potestad como pena principal o accesoria, no las sanciones civiles que en la esfera del Derecho Privado y con relación a patria potestad corresponden según el Código Civil en caso de incumplimiento de los deberes familiares”.

En general, -continúa la Sentencia-, el artículo 170 del Código Civil dispone en efecto que «el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial». Pero este precepto –dejando aparte la referencia a la causa matrimonial donde la posible privación de la patria potestad se rige por el artículo 92 CC– no establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación –en el proceso civil o en el proceso penal– de la privación de patria potestad por incumplimiento de sus deberes inherentes; sino que para privar de la patria potestad la alternatividad se establece precisamente entre de una parte una Sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, y de otra parte 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 se priva de ella en una causa criminal; lo que necesariamente supone que no cabe en proceso penal privar de la patria potestad por razón del cumplimiento obligacional que es lo propio de la otra alternativa prevista, sino por las causas y en los casos establecidos en las normas penales, es decir en el Código Penal, que como ya se vio anteriormente, no permite la imposición de tal pena en el presente caso. Por lo tanto no supone el artículo 170 una atribución a la jurisdicción penal de la facultad de aplicar las normas civiles de privación total o parcial

de la patria potestad como una facultad distinta de la su imposición como pena principal o accesoria de un delito¹¹.

III. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO PENA PRIVATIVA DE DERECHOS

El artículo 39 del CP, dispone que son penas privativas de derechos:

- Las de inhabilitación especial (...) de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, (...).
- La privación de la patria potestad.

La diferencia entre una y otra radica, como expone FLORES RODRÍGUEZ, en transitoriedad de la primera y la permanencia de la segunda¹². De acuerdo con el artículo 40.1 CP tendrá una duración: “de tres meses a 20 años”.

En cuanto a la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, de acuerdo con el artículo 46 CP, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la

¹¹ Esta doctrina, más modernamente en: SAP Guadalajara, núm. 1/2015, de 23 de enero, “No procede, sin embargo acordar la pena de privación de patria potestad con respecto a la hija menor Adoración pedida por las acusaciones. En efecto, la petición se fundamenta en el artículo 55 del Código Penal en relación con el artículo 46 del citado Código . En este sentido, esta Sala considera que no se puede imponer la pena solicitada porque no se trata de una pena cuya imposición sea automática. En efecto, el legislador ha condicionado la imposición de la pena de privación del ejercicio de la patria potestad a que tuviera relación directa con el delito cometido, lo que no acontece en el caso de autos; pero además el propio artículo 46 del Código Penal dice: "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 del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas". Todo ello, por la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 junio 2010, lo que significa que deberá atenderse en estos casos a la relación circunstanciada que deberá recogerse en la sentencia con relación a los hechos probados, lo cual tampoco acontece en este caso, pues lo cierto es que no siendo una pena cuya aplicación proceda de forma automática, deberá de probarse y acreditarse -conforme a las exigencias del derecho penal- la necesidad de su imposición, pues no basta la mera alegación o pretender su imposición por el mero reproche objetivo de la conducta cometida por el acusado, debiendo acreditar, pues así lo exige el derecho sancionador, que los hechos son perjudiciales para el menor, prueba esta que no ha acontecido, y criterio este al que se puede acudir, pero ahora insuficiente por lo antes expuesto, toda vez que no tiene relación directa con el delito cometido”.

¹² “El Código Penal contempla como penas, además de la privación de libertad, la de privación de la patria potestad y la de inhabilitación para su ejercicio. La diferencia entre estas dos últimas radica fundamentalmente en el carácter definitivo de la primera frente a la naturaleza temporal de la inhabilitación”, FLORES RODRÍGUEZ, M. “La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores”. *Loc. cit.*, edición electrónica.

incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena.

Por contra, -continúa el artículo 46- 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 del penado. 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.

En general, tanto la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad como la privación de la patria potestad se configuran como penas accesorias a la pena de prisión.

Si bien, se distinguen entre:

- Penas de prisión iguales o superiores a diez años (artículo 55 CP). En este caso, además de la inhabilitación absoluta, “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”.
- Penas de prisión inferiores a diez años (artículo 56 CP). En este caso, “los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: Inhabilitación especial para 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, (...).

En cualquier caso, de acuerdo con el artículo 56.2 CP, “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”.

De tal manera que la privación de la patria potestad o inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad será impuesta como pena accesoria, a criterio judicial, siempre y cuando: “estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido”; además de exigir una motivación expresa en la sentencia sobre la vinculación.

Un estudio de los tipo penales nos permite aproximarnos al cómo y cuándo podrán establecerse por jueces y tribunales tales medidas.

La primera consideración es que, tanto la privación de la patria potestad como la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, generalmente, no se trata específicamente en los tipos penales, por lo que habrá de acudir al régimen general de las penas de los artículos 55 y 56 CP.

Haciendo un recorrido por los diferentes tipos penales que pueden tener incidencia en el menor como víctima en el entorno familiar, podemos considerar lo siguiente:

- El homicidio y sus formas se regirán por el régimen general de aplicación de la pena privativa de derechos.
- El delito de lesiones (artículo 147 CP), habrá de conectarse con el régimen general; aunque no en todos los tipos, ya que la privación de derechos se contempla expresamente para el caso de mutilación genital, siempre que el juez lo estime adecuado al interés del menor¹³.
- En los delitos relativos al menoscabo psíquico o lesión de menor gravedad a víctimas de malos tratos del artículo 153.1 CP, se contempla para “cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”¹⁴. Además, como expone el artículo 153.4 CP, “(...) el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.
- En el caso anterior, cuando recaiga “sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun

¹³ Artículo 149 CP, 1. 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 12 años. 2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

¹⁴ Artículo 153.1 CP, El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente” (artículo 173.2 CP); en este caso, el Juez o Tribunal si lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, podrá acordar la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años¹⁵.

- En los delitos de amenazas leves a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, podrá imponerse la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad “cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección”¹⁶.

- Igual régimen para los delitos de amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos cuando recaiga “sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente” (artículo 173.2 CP)¹⁷.

- En el caso del delito de coacciones, “El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses

¹⁵ Artículo 153.2 CP, Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

¹⁶ Artículo 171.4 CP, El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

¹⁷ Artículo 171.5 CP, El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” (artículo 172.2 CP).

- En los delitos de tortura y otros delitos contra la integridad moral, “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica” (artículo 173.2 CP).

- En los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, “El juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años. A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad

por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado” (artículo 192.3 CP).

- En los delitos relativos a la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, “Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años” (artículo 220.4 CP).

- En los delitos relativos a “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” (artículo 221.1 CP).

- En los delitos relativos a la sustracción de menores, “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” (artículo 225 bis CP)¹⁸.

- En los delitos relativos al abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, “1. El que dejare de cumplir los deberes legales de

¹⁸ Artículo 225 bis, “2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. 3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior. 4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción. 5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas”.

asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años” (artículo 226 CP). “El Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 al 232 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años” (artículo 233.1 CP).

IV. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD O LA INHABILITACIÓN PARA SU EJERCICIO Y LA “ELASTICIDAD DE LA PENA DE PRISIÓN” A PARTIR DE LOS SERVICIOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

La “elasticidad de la pena”, entendemos, es un concepto que puede predicarse a partir de tres premisas:

- La implantación cuantitativa y cualitativa de la justicia restaurativa a partir de la mediación penal.
- Las sentencias de conformidad.
- La facultad de jueces y tribunales para determinar la pena en el caso concreto a partir de los límites mínimos y máximos contemplados en los diferentes tipos penales.

1. La mediación penal. Breves consideraciones

La mediación y, especialmente la mediación familiar, como sistema de resolución alternativa de conflictos ha sido ya suficientemente tratada en nuestro país, por lo que no abordaremos ninguna cuestión general.

En cuanto a la mediación penal, como ha expuesto VIDALES RODRÍGUEZ y PLANCHADELL GARGALLO: “con independencia de la posición que se mantenga al respecto, lo que nos parece un hecho incuestionable es que la mediación en adultos ha experimentado en nuestro país un claro y paulatino proceso de expansión que, sin duda,

habrá de recibir el espaldarazo definitivo tras su mención expresa en la reciente reforma del Código penal y en el Estatuto de la víctima del delito”¹⁹.

La importancia de la mediación penal radica en que la reparación del daño a la víctima conlleva un beneficio al victimario o, como expone CERVELLÓ DONDERIS, “los principales efectos que han derivado de la consecución de un acuerdo de mediación han tenido como consecuencia, dependiendo en gran medida del momento procesal en el que el pacto se logre, una rebaja en la pena, la facilitación de la suspensión o sustitución de la pena o la concesión de beneficios penitenciarios”²⁰.

En la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se hace referencia expresa a la mediación penal, con una marcada orientación de protección de la víctima, a partir de su reparación material y moral, el derecho de información previa y el reconocimiento expreso de los hechos por parte del victimario; además de su exclusión en el caso de inseguridad de la víctima u otro perjuicio que pudiera irrogarse. Respecto al concepto de víctima, la interpretación auténtica se contiene en el artículo 2 de la misma Ley, la cual distingue entre víctima directa e indirecta. Es directa, toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos: A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. En caso de no existir los anteriores, a los

¹⁹ VIDALES RODRÍGUEZ, C. y PLANCHADELL GARGALLO, A., “La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito”. *Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 39, 2015, (edición electrónica).

²⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., «Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico», en *Revista Penal*, núm. 31, 2013, pp. 33 y ss. Citado por VIDALES RODRÍGUEZ, C. y PLANCHADELL GARGALLO, A., “La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito”. *Loc. cit.*, (edición electrónica).

demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima. Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito. En definitiva, por lo que nos interesa, los hijos son víctimas indirectas en los casos de muerte o desaparición.

La mediación penal se contiene en el artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, disponiéndose sobre los servicios de justicia reparativa, los cuales pretenden obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

Se trata pues, de acuerdo con el principio “*alterum non laedere*”, de reparar el daño causado a la víctima. No trata en ningún caso del “beneficio” al victimario que la mediación puede conllevar, por lo que éste, podrá concretarse por la aplicación de las reglas de determinación de la pena, a partir del juicio interpretativo que realizan jueces y tribunales o las sentencias de conformidad.

2. Las sentencias de conformidad

Las sentencias de conformidad es una práctica muy habitual en las causas penales. De acuerdo con las normas procedimentales, son varios los momentos procesales en que pueden aplicarse.

- En la fase de instrucción. De acuerdo con el artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto a la competencia objetiva, afirma que: “sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su

caso, en los términos establecidos en el artículo 801, así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto”.

- En los supuestos de enjuiciamiento rápido para determinados delitos, de acuerdo con el artículo 801, sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar ésta sentencia de conformidad, siempre que concurran ciertos requisitos²¹.

- En la fase de enjuiciamiento. Como expone el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren ciertos requisitos²².

²¹ Artículo 801 CP, “Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar ésta sentencia de conformidad, cuando concurran los siguientes requisitos: 1.º Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación. 2.º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años. 3.º Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión. 2. Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución. 3. Para acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 81.3.ª del Código Penal, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije. Asimismo, en los casos en que de conformidad con el artículo 87.1.1.ª del Código Penal sea necesaria una certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el acusado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije. 4. Dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el Juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo el Secretario judicial seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución. 5. Si hubiere acusador particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores.

²² Artículo 787 CP, “1. Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito

3. La reducción de la pena de prisión en relación a la pena de privación de la patria potestad o inhabilitación especial para el ejercicio de la misma.

Conclusiones

A lo largo de este estudio hemos puesto de manifiesto varias cuestiones dispersas que, en aras de una mejor solución de los conflictos, entendemos, pueden conectarse para establecer conclusiones (*De lege ferenda*). Premisas:

- La patria potestad es un derecho-deber que faculta a los padres a una serie de facultades socialmente reconocidas respecto a los hijos.
- La patria potestad es un derecho-deber que tiene su origen en la ley natural, sólo se contempla en normas positivas para el caso de contravención o como sanción (privación).
- El propio Código Penal, considera tanto la privación de la patria potestad como la inhabilitación especial para su ejercicio como “pena privativa de derechos”.
- Salvo supuestos muy concretos (e.g., artículo 221.1 CP, “serán castigados”, artículo. 225 bis, “será castigado”), la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación

de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes. 2. Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias. 3. En caso de que el Juez o Tribunal considerare incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del juicio. 4. Una vez que la defensa manifieste su conformidad, el Juez o Presidente del Tribunal informará al acusado de sus consecuencias y a continuación le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad. Cuando el Juez o Tribunal albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio. También podrá acordar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensor lo considere necesario y el Juez o Tribunal estime fundada su petición. 5. No vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal. 6. La sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta. 7. Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada. 8. Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos.

especial para su ejercicio se concreta, en general, como facultad del juez penal tanto en su imposición como en su extensión, así:

- “(...) el juez podrá (...)”, artículo 55 CP;
 - “(...) impondrá, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas (...)”, artículo 56 CP;
 - “(...) lo estime adecuado al interés del menor (...)” artículo 147, 153. 171, 172, 173 CP;
 - “El juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad (...)”, artículo 192.3 CP;
 - “(...) podrán ser castigados además (...)”, artículo 220.4 CP;
 - “(...) el juez o tribunal podrá imponer, motivadamente (...)”, artículo 226 CP; o,
 - “(...) el juez o tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor (...), artículo 233.1 CP.
- La pena de prisión se configura cuantitativamente entre un mínimo y un máximo temporal (al margen de la prisión permanente revisable), lo que admite, en la práctica, cierta discrecionalidad judicial.
 - La justicia restaurativa, a partir de la mediación penal, además de reparar el daño causado, en la medida de lo posible, a la víctima, se configura como un instrumento de asunción de la culpa por parte del victimario. Salvo en los supuestos de violencia de sobre la mujer en los que la mediación está vedada, de acuerdo con el artículo 87 ter LOPJ.
 - La conformidad con los hechos y la pena del acusado, en consonancia con la acusación, Ministerio Fiscal y acusación particular, en su caso, permite, en la práctica, una rebaja de la pena de prisión.
 - El interés del menor se configura como eje del establecimiento de la pena privativa de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio.

De acuerdo con estas premisas, podemos decir que, a partir de la “elasticidad de la pena” y de la reparación del daño causado a la víctima, como condición *sine qua non*, en aras del interés del menor, podrá reducirse la pena de prisión por la imposición o aumento de las penas privativas de derechos relativas a la patria potestad. Para ello, su cauce propio, será la sentencia de conformidad o la mediación penal previa a la sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

CERVELLÓ DONDERIS, V., «Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico», *Revista Penal*, núm. 31, 2013, pp. 33 y ss.

FLORES RODRÍGUEZ, M., «La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores», *La Ley Penal*, núm. 90, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2012, Editorial LA LEY (edición electrónica).

ROMERO COLOMA, A. M., «Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015 (edición electrónica).

VIDALES RODRÍGUEZ, C. Y PLANCHADELL GARGALLO, A., «La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito», *Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 39, 2015, (edición electrónica).