

## DEBERES FAMILIARES: INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS; CONSIDERACIONES PENALES

**CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO**  
*Fiscal del Tribunal Superior de Justicia*

**Palabras clave:** faltas contra las personas, incumplimiento de relaciones familiares, régimen de visitas, régimen de custodia, falta de desobediencia.

### **ENUNCIADO**

Por parte del padre se presenta denuncia ante el Juzgado de Instrucción de guardia contra la madre (ambos divorciados) por el hecho de que esta haya incumplido el régimen de visitas con la hija menor de edad, y concretamente el sistema de elección de la estancia durante las vacaciones de verano, establecido mediante sentencia del Juzgado de Familia, y modificado posteriormente por el propio juzgado en incidente de ejecución, que alteraba el inicialmente establecido, lo que originó que la madre entendiera que la elección correspondía a ella, y no entregara a la menor al padre para que la tuviera al menos en su compañía en las vacaciones. En ambos supuestos las apelaciones presentadas confirmaron las resoluciones recurridas.

### CUESTIONES PLANTEADAS:

Calificación jurídica de los hechos: incumplimiento del régimen de visitas.

### **SOLUCIÓN**

Las cuestiones relativas al régimen de visitas que corresponden a los padres de los menores tras el procedimiento de divorcio suscitan numerosas controversias entre las partes, dando lugar a incidentes de ejecución provocados por la existencia, en ocasiones, de diferentes resoluciones: los autos de medidas provisionales, las sentencias dictadas por los juzgados, las alteraciones que se provocan por las decisiones de las Audiencias Provinciales al conocer los recursos de apelación contra las mismas, o los cambios que pueden originarse en los incidentes de ejecución, ya en el juzgado, ya en la apelación ante la Audiencia.

Esa diversidad de resoluciones puede determinar que cada parte, el padre o la madre del menor, consideren que les corresponde elegir el régimen vacacional y que la estancia de fines de semana o de días intersemanales es diferente. Estas cuestiones normalmente deben ser resueltas en la propia jurisdicción civil, ante el Juzgado de Familia o de Primera Instancia que conozca del procedimiento concreto, lo que no impide, como en el caso que se propone, que alguna de las partes se dirija contra la otra parte interponiendo la denuncia ante el juez de instrucción por desobediencia, dando lugar, en principio, a la incoación de un procedimiento por faltas, ya sea del artículo 618.2 ó 622 del Código Penal, sino procediere la incoación de causa penal por delito contra las relaciones familiares. El artículo 618.2 reformado por Ley Orgánica de 25 de noviembre de 2003 sanciona la conducta del que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, mientras que el artículo 622 del mismo texto legal dispone la sanción para los padres que, sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia, infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa. Lo que inicialmente parece desprenderse de los preceptos citados es que el expuesto en último lugar va dirigido a sancionar los incumplimientos o quebrantamientos de los respectivos regímenes de custodia, que pueden ser establecidos por la autoridad administrativa mediante el establecimiento de guardas o tutelas, o bien por la autoridad judicial en el precedente procedimiento, atribuyéndose la custodia a uno de los progenitores o a un tercero, que puede ser la Entidad Pública correspondiente o un familiar, siempre en interés del menor, cuando los padres no pueden hacerse cargo del menor o no reúnen las circunstancias personales o sociales para ocuparse del mismo. Por eso, en el caso que nos ocupa en el juicio de faltas que en su caso se abriera, la acusación que debería mantenerse por el padre es la relativa a la imputación de la falta del artículo 618.2, si no procediera la apertura del procedimiento por delito contra los deberes familiares.

Con respecto a la aplicación del tipo delictivo del artículo 226 del Código Penal, que castiga al que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, entendida esta como una función, derecho-deber, que se integra por deberes y facultades, entre otros, como por ejemplo los establecidos en el artículo 154 del Código Civil, en cuyo n.º 1 establece velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, y todo ello en beneficio del menor, pues la patria potestad se ejerce siempre con esa orientación. Resulta, en principio, que los incumplimientos más graves que pudieran pensarse y que vulnerasen el derecho de los padres a tener en su compañía a los hijos, y por tanto lo relativo al régimen de visitas, podrían integrarse en el tipo indicado. Si bien no se desprenden del supuesto incumplimientos merecedores de la aplicación de este precepto penal, porque las visitas se realizaban normalmente y solo la existencia de múltiples resoluciones determinó, en principio, una confusión en la madre, que afectó al régimen vacacional. No se privó al padre de tener en su compañía a su hijo menor.

En principio, parece que el supuesto podría tener encaje en el artículo 618.2 del texto penal sustantivo. Así se desprende de la existencia de diferentes resoluciones judiciales que obligaban a ambas partes, estableciendo obligaciones familiares relativas al régimen de visitas y estancias del menor con cada uno de ellos, en el período de vacaciones que es el objeto de la denuncia. De aquí se desprende la determinación del procedimiento encaminado a decidir sobre la denuncia: el juicio de faltas. En el juicio se deberá invocar el precepto por el que se acusa al denunciado que en este caso debería ser el indicado 618.2 y no el 622 mencionado que persigue actos diferentes, siendo hetero-

géneas las conductas que describen, lo que tendrá incidencia a los efectos de ulteriores recursos, en principio el de apelación, porque no podrá variarse la calificación efectuada en la vista del juicio de faltas, ya que vulneraría el principio acusatorio.

En orden a valorar la conducta que se describe y su posible subsunción en el artículo indicado, debe decirse en primer lugar que nos hallamos ante una falta contra las personas, no obstante lo cual tiene una naturaleza pluriofensiva, pues el núcleo del tipo merecedor del reproche penal, supone un quebranto, por un lado de los intereses de alguno de los integrantes del núcleo familiar que resultan obligados por las resoluciones judiciales que incumplen, en este caso el denunciante, padre del menor, cuya protección se encuentra implícita en el precepto, y también el principio de autoridad en tanto que de las resoluciones judiciales derivan una serie de obligaciones que vinculan a las partes y que tienen fuerza ejecutiva. Las obligaciones han de proceder necesariamente de la resolución judicial, de manera que el infractor, conociéndolas, las desobedezca. Nos encontramos ante un tipo de desobediencia de las resoluciones judiciales que establecen una serie de obligaciones, en tanto, fuente formal de reconocimiento y exigencia, cuya infracción exige su desconocimiento o su desatención. Es un ilícito a través del cual se persigue la desobediencia de las resoluciones judiciales referidas estrictamente a aquellas que establecieron obligaciones familiares que se incumplen. Toda sentencia en el orden civil contiene una declaración o una obligación, pero en uno y otro caso, comportan un mandato, *erga omnes* o a persona determinada, para que la cumpla, respetando lo que declara u obligando a hacer o a dar una determinada cosa. En este caso, se trata de una obligación de hacer: entregar a las menores los periodos de estancia con su padre. El mandato va dirigido a la madre, que es la persona bajo cuya guarda y custodia están las menores, y es una orden inequívoca.

Por tanto, lo que se sanciona en esta falta es la modalidad del incumplimiento del régimen de visitas, pero en su modalidad relacionada con el contenido propio de la reforma producida por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre sobre sustracción de menores, por lo que dejaba al ámbito del artículo 634 del Código Penal la modalidad típica del mero incumplimiento del régimen de visitas, bien por no entregar el progenitor que tiene atribuida la custodia sobre el menor al otro progenitor, o bien por no devolverlo este último en el plazo marcado. Esta situación, como sabemos, quedará encuadrada en el artículo 618.2 del indicado Código a partir del día 1 de octubre de 2004 y hasta esa fecha en el artículo 634.

Para el caso de que la conducta fuera de una gravedad tal que mereciera un mayor reproche penal encontraría su tipicidad más adecuada en el artículo 556 del texto sustantivo penal que sanciona el incumplimiento grave del régimen de visitas, o en los artículos 224 y 225 bis del Código Penal, donde se sanciona al progenitor que injudiere a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por autoridad judicial o administrativa, o la conducta más grave de la sustracción del menor por su progenitor.

Para que concurra la desobediencia deben concurrir, de acuerdo con la jurisprudencia, los siguientes requisitos:

- La existencia de una orden emanada de la autoridad o de sus agentes, dictada en el ejercicio de sus funciones y que contenga un mandato legítimo sin extralimitaciones. En este caso se trata de la resolución judicial de obligado cumplimiento para las partes, dictada dentro de sus funciones jurisdiccionales y que determina el cumplimiento de determinadas obligaciones hacia los hijos.

- La orden ha de ser expresa y terminante, además de clara. Es evidente que existen resoluciones judiciales que obligan al cumplimiento de un régimen de visitas, lo que supone un hacer para una parte y un dejar hacer para la otra parte.
- Que la orden o mandato sea conocido por el destinatario mediante un requerimiento formal. Resulta evidente que de las resoluciones judiciales se da traslado a las partes, que podrán recurrirlas si entienden que les perjudican, pero que una vez firmes, conocida la resolución definitiva y firme, deben cumplirla. La conocen a través de las notificaciones de la autoridad judicial, y desde ese momento deben cumplir la resolución, todo ello sin perjuicio de la ejecución provisional, permitida por la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- El requerido ha de mostrar una actitud rebelde al cumplimiento de la orden, de la que se desprenda su oposición firme a desobedecerla. Una obstinación en desobedecer el cumplimiento de la orden, pues la simple falta de cumplimiento a las órdenes del órgano competente, en cuanto acto aislado de incumplimiento, no supone una infracción sancionable por la vía penal. En este caso se trata del incumplimiento solo del régimen de vacaciones.

Del tenor del caso propuesto se desprende la existencia de diferentes resoluciones judiciales, de manera que establecido un régimen de visitas y estancia del menor en primer lugar, es posteriormente, alterado, lo que pudo llevar a error a la madre denunciada, ya que establecido inicialmente un sistema de elección de las vacaciones para estar cada padre en compañía de su hijo, este se modificó, y dio lugar a ulteriores actuaciones judiciales, a lo que se unieron las correspondientes resoluciones de la Audiencia confirmatorias de las recurridas, lo que pudo originar la creencia errónea en la madre de que le correspondía a ella elegir. El artículo 618.2 claramente no castiga las incidencias en el régimen de visitas, pues, en primer lugar, que uno de los progenitores prolongue o recorte su tiempo de relación personal con su hijo o hijos podrá ser una acción vulneradora de lo acordado por la autoridad judicial –y sancionable por ello cuando la acción sea de cierta intensidad–, pero no podrá ser tildada de acción en contra de los intereses o necesidades del hijo o hijos, pues para estos es tan necesario disfrutar del tiempo en compañía de uno como de otro progenitor; y, en segundo lugar, tales incidencias, cuando tienen trascendencia penal, están reguladas, si son graves y por tanto tienen naturaleza de delito, bien en el artículo 225 (sustracción de menor por uno de los progenitores), bien en el genérico delito de desobediencia del artículo 556, y si son leves, en la falta correspondiente.

En cualquier caso, a la luz de los requisitos exigidos para aplicar la desobediencia, resulta evidente que el incumplimiento indicado no puede generar responsabilidad penal, ya que esta no es la vía adecuada para resolver la aplicación de los términos de las resoluciones a la vista de las dudas generadas, siendo más oportuno acudir al órgano que conoce del procedimiento civil, y de ese modo poder ser cumplido el régimen de visitas establecido, en interés del menor, por parte de cada uno de sus progenitores. Por tanto la sentencia que en su caso se dictara en el juicio de faltas correspondiente sería absolutoria.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, art. 154.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 224, 225 bis, 226, 556, 618.2 y 622.
- SSAP de Sevilla de 18 de septiembre de 2003, de Cantabria de 11 de abril de 2004, de Barcelona de 26 de mayo de 2006, de Huelva de 30 de marzo de 2007 y de Toledo de 20 de abril de 2007.