



ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

ENUNCIADO

Antonio y Beatriz se encuentran divorciados, en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de XXX, en dicha sentencia se establecía la patria potestad compartida del menor Ignacio, a la sazón de tres años de edad, correspondiendo la guardia y custodia a la madre. El régimen de visitas señalado en la sentencia atribuía al padre en fines de semana alternos la facultad de pasarlos con el menor. El pasado 7 de enero, al ir a recoger al menor a la salida del colegio, como era habitual, el mismo no se encontraba, habiendo tenido conocimiento Antonio con posterioridad, que ese fin de semana, Beatriz e Ignacio se habían marchado de viaje a ver a sus abuelos a una finca que éstos poseían en Cuenca.

CUESTIONES PLANTEADAS:

¿Es constitutiva de infracción penal la conducta llevada a cabo por Beatriz?

SOLUCIÓN

La conducta descrita en el relato de hechos ha venido presentando a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (AP), que trataban de resolver los recursos de apelación que se interponían frente a las sentencias dictadas por los Juzgados de Instrucción, dificultades de incardinación penal, y así mientras algunas sentencias se decantaban por la aplicación del tipo contemplado en el artículo 622 del Código Penal (CP), otras entendían que dependiendo de la gravedad de la conducta, podrían ser merecedoras del reproche contemplado en el artículo 556 del CP. Sin embargo, el vacío legal era indudable.

El vigente *artículo 622 del CP* establece:

«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 serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.»

Este precepto fue introducido por Ley Orgánica 9/2002, de 10 de octubre.

Con anterioridad a la mencionada reforma, el *artículo 622* contemplaba una abigarrada exposición de conductas, que generaban sin duda alguna confusión; y así, dicho precepto establecía:

«Los padres, tutores o guardadores de un menor que, sin llegar a incurrir en su caso, en el delito de desobediencia, quebrantaren la resolución adoptada por el Juez o Tribunal, apoderándose del menor, sacándolo de la guarda establecida en la resolución judicial o por decisión de la entidad pública que tenga encomendada la tutela, retirándolo del establecimiento, familia, persona o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado, o no restituyéndolo cuando estuvieren obligados, serán castigados con la pena de multa de uno o dos meses.»

Es obvio que la reforma vino a portar luz a la interpretación del precepto (de momento, los sujetos activos de la conducta se habían reducido), pero aun así, seguían existiendo dudas acerca de la incardinación de conductas como la descrita en el relato fáctico en el mismo. La pregunta que hemos de realizarnos es si la circunstancia de no facilitar el cumplimiento del régimen de visitas, al marcharse la madre con el menor, y no comunicárselo al padre, supone una infracción del régimen de custodia que sanciona el CP. Según un sector doctrinal forma parte del régimen de custodia cualquier acto que suponga incumplir las obligaciones que se derivan del mismo, y que se atribuye a uno de los progenitores, pudiendo ser sujeto activo de esta infracción, no sólo el progenitor que no tenga atribuida la custodia del menor.

En primer lugar entiendo que la conducta descrita en el artículo 622 del CP guarda similitud en su esencia, aunque obviamente no en su gravedad, con la descrita en el artículo 225 *bis* del CP. Este artículo sanciona:

«1. 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.

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.»

Se trata de unos tipos legales que vienen a proteger el mismo bien jurídico, pero que modulan la gravedad de los ataques que contra el mismo se producen; por ello, entiendo que el impedir el incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor que tiene atribuida la custodia del menor, no tiene encaje en el tipo del artículo 622 del CP.

En segundo lugar, y como señala la SAP de Madrid de 12 de enero de 2005 (Secc. 17.ª) «la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 9/2002 ratifica desde el punto de vista teleológico la interpretación anterior, en cuanto afirma que el propósito de la nueva ley es tipificar la conducta de sustracción o de negativa de restituir al menor en los supuestos en que quien la realiza es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o a alguna persona o institución, ratificando que el sujeto activo de las conductas introducidas por la nueva normativa sólo puede ser el progenitor apartado de la custodia, y no quien ostenta ésta».

Sin embargo, la conducta desarrollada por Beatriz no carece en absoluto de tipicidad, ya que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha dado luz a un nuevo precepto, el contemplado en el artículo 618 del CP, que señala:

«1.º Serán castigados con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de 12 a 24 días los que, encontrando abandonado a un menor de edad o a un incapaz, no lo presentaren a la autoridad o a su familia o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran.

2.º El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.»

Sin embargo, este artículo también ha dado lugar a enconadas y controvertidas interpretaciones. En tal sentido es de destacar la *SAP de Cantabria de 17 de mayo de 2005*, que entiende:

«No se comparte tal interpretación. Como se pone de relieve en el auto de 1 de abril de 2005 de esta Sección “cuando el artículo 618.2 castiga el incumplimiento de obligaciones familiares establecidas en convenio o sentencia, se cuida mucho de especificar que se trata de obligaciones a favor de los hijos, es decir de obligaciones cuyos sujetos activos en el cumplimiento son los padres y cuyos beneficiarios son los hijos. Es evidente que el Legislador está pensando en obligaciones relacionadas con las necesidades de los hijos [sustento, manutención, educación y en general aquellas previstas en los arts. 93 y 142 del Código Civil (CC)] y por eso se alude también a los procesos de filiación y de alimentos en el artículo 618.2 del CP. De forma tal que cuando se trata de conductas graves entrarían en juego los artículos 226 y siguientes, y cuando se trata de conductas leves, el artículo 618.2 mencionado.

Además, la sistemática abunda en esta interpretación, pues en el artículo 618.1 se castiga la omisión de auxilio o devolución a la familia o entrega a la autoridad del menor o incapaz encontrado abandonado y en el artículo 619 la omisión de auxilio o asistencia a las personas de edad avanzada o desvalidas.

Lo que el artículo 618.2 claramente no castiga son 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 éstos es tan necesario disfrutar del tiempo en compañía de uno como de otro progenitor (en este aspecto, por tanto, discrepamos de la *SAP de Sevilla* que se cita en la resolución de instancia); 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 *bis* (sustracción de menor por uno de los progenitores), bien en el genérico delito de desobediencia del artículo 556, y si son leves –pero siempre con esa trascendencia específica que requiere la sanción penal–, en la falta del artículo 622, que castiga a “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”, o en la genérica de desobediencia del artículo 634.»

Por su parte, la *SAP de Santa Cruz de 17 de junio de 2005* establece:

«Ciertamente es con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cuando se establece un tipo penal que castiga directamente las infracciones a las disposiciones relativas al régimen de visitas de una resolución judicial.

En efecto, la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 618, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, castiga con carácter general a “el que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos, que no constituya delito”.

A partir de entonces sí podrá castigarse penalmente el mero incumplimiento de un régimen de visitas u otras disposiciones judiciales, hasta entonces sólo se sancionará penalmente, por la vía del artículo 634 si el incumplimiento implica también el de un requerimiento judicial realizado al denunciado por la jurisdicción civil.»

La SAP de Barcelona de 1 de abril de 2005 señala:

«Por si hubiera alguna duda sobre esta interpretación, la modificación del artículo 618 antes comentado, que introduce la Ley orgánica 15/2003 que acaba de entrar en vigor, la confirma, cuando introduce como falta cualquier incumplimiento del convenio o de la resolución judicial reguladora de la crisis matrimonial o de las relaciones familiares con hijos menores, donde tiene perfecto encaje el incumplimiento del régimen de visitas denunciado. Se trataba, sin duda, de una laguna legal, que con este nuevo texto ha quedado solucionada, pero, en modo alguno, puede forzarse la interpretación de la norma penal anterior a tal modificación, para extender su aplicación en contra del reo, estimando subsumible una determinada conducta en un precepto en el que no tenía cabida. Ello significa que la misma conducta enjuiciada, realizada tras la entrada en vigor del artículo 618.2 del CP, sería incardinable en dicho artículo y castigada como falta, pero en el momento de los hechos aquí enjuiciados era atípica.»

Finalmente, *la SAP de Ciudad Real de 31 de marzo de 2005* entiende que:

«En otras palabras: para estimar penalmente típico el simple incumplimiento por el progenitor titular de la guarda y custodia del menor del derecho de visita atribuido al otro progenitor habrá que aguardar a la entrada en vigor, el 1 de octubre de 2004, según su disposición final quinta, de la reforma del CP operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que en el apartado centésimo septuagésimo de su artículo único añade al actual artículo 618 del CP un número 2, que castiga con multa o trabajos en beneficio de la comunidad al que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial (...) que no constituya delito; de manera que en la amplia expresión obligaciones familiares puede entenderse incluido el respeto por el progenitor encargado de la custodia del menor del régimen de comunicación con el otro progenitor, que es una obligación familiar, en cuanto establecida no tanto en interés del progenitor

apartado de la convivencia cuanto del propio menor. En este sentido, la Exposición de Motivos de la reforma, en su apartado III d), señala que la misma incorpora una falta para el caso de las conductas de ínfima gravedad, en este último caso incluyendo cualquier incumplimiento de obligaciones (y no sólo (de) aquellas que tengan contenido económico.»

Como observamos, el criterio mayoritario que sostienen las AP, supone una admisión clara de que el tipo contenido en el artículo 618.2 del CP viene a castigar conductas como la que estamos analizando. A mi entender no hay duda de que una de las obligaciones familiares que pueden venir establecidas en el convenio aprobado judicialmente, o en sentencia judicial es el respeto del régimen de visitas que en ellas se establezcan. Ello se deduce de lo establecido en el *artículo 90 b) del CC* que establece el régimen de visitas como uno de los puntos que debiera contener el convenio regulador. En igual sentido, el *artículo 94 del CC* establece este régimen de visitas como un derecho del progenitor que no tenga al menor en su compañía. Entiendo que el convenio regulador, o la sentencia judicial que se dicte, se configura como un todo, que supone la coexistencia de derechos y deberes para ambos progenitores, y que tanta obligación supone para uno de los padres el ayudar al sostenimiento de los hijos, como el permitir que los mismos se relacionen con el otro progenitor a través del régimen de visitas.

Distinta sería la conducta de aquel progenitor que de una manera habitual y constante, y pese a los requerimientos judiciales, impide al otro el cumplimiento del régimen de visitas, ya que en tal caso, la conducta descrita alcanzaría los parámetros exigidos para tipificarla como un delito de desobediencia del *artículo 556 del CP*.

La otra interpretación que se viene realizando y que excluye el régimen de visitas de la protección del *artículo 618.2 del CP*, es la de considerar que esas obligaciones familiares son obligaciones que se dirigen a favor de los hijos, y no a favor de los otros progenitores, y así se refieren a (sustento, manutención, educación), pero partiendo de la base de que el punto de partida es válido, la relación que pueda tener un menor con su progenitor que no lo tiene bajo su guarda, también es una obligación que satisface no sólo al padre, sino también al propio menor y a su interés, y ello es indiscutible con una somera lectura de los informes que los equipos técnicos de los Juzgados realizan. Por ello, y sobre la base de la misma argumentación de los que se oponen a la aplicación del artículo 618.2, entiendo que el incumplimiento del régimen de visitas es hoy día típico.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 556, 618 y 622.