

REPERCUSIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS SOBRE GUARDA Y
CUSTODIA TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

IMPACT OF VIOLATIONS ON CUSTODY AFTER REFORM PENAL
CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 104 - 119.

Fecha entrega: 18/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ
Abogada. Profesora-Tutora UNED
Doctoranda Dpto. Derecho Civil UNED
aherranz@ubeda.uned.es

RESUMEN: Tras la derogación del Libro III del Código Penal (en adelante, CP) la repercusión en el ámbito punitivo de los incumplimientos relacionados con el régimen de guarda y estancia de los hijos menores de edad con sus progenitores queda limitada al delito de sustracción de menores, sin perjuicio del genérico delito de desobediencia grave tipificado por el artículo 556 CP.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, justifica la despenalización de las infracciones penales de carácter leve afirmando que “Sólo se mantienen aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas en el catálogo de delitos, configurándose en su mayoría como delitos leves castigados con penas de multa. La pretensión es clara: reservar al ámbito penal el tratamiento de las conductas más graves de la sociedad, que por ello deben merecer un tratamiento acorde a su consideración”.

La reforma deroga, pues, los artículos 618.2 y 622 del Código Penal, “... sin incluir nuevas sanciones delictivas, pues las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito en los artículos 226 y siguientes. Y los incumplimientos graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a responsabilidad por desobediencia. Los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

La opción de política legislativa se justifica por la necesidad de primar “...la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada religiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad”. La previsible consecuencia de la despenalización de las faltas contra las relaciones familiares es el inevitable retraso de la respuesta judicial ante el incumplimiento, en detrimento del derecho a la vida familiar que garantiza nuestra Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: reforma; despenalización; incumplimiento; sustracción menores; desobediencia.

ABSTRACT: Following repeal of Book III of the Penal Code in penal matters impact of defaults related to care and stay regime of minor children with their parents it is limited to the crime of child abduction, notwithstanding the generic crime gross disobedience typified by Article 556 CP.

The Preamble to the Organic Law 1/2015, of March 30, justifies the decriminalization of criminal offenses mild stating that “Only those offenses carrying punitive enough reproach as for inclusion in the list of crimes are maintained, configured in mostly as misdemeanors punishable by fine. The aim is clear: criminal law book to treat the most serious conduct of society, which is why they deserved a treatment according to their consideration”.

Repealing reform therefore Articles 618.2 and 622 of the Penal Code, “... not including new criminal sanctions for the most serious breach of conduct of family duties are already criminalized in Articles 226 et seq. And the serious breaches of agreements or statements can result in liability for disobedience. Cases of pure obstruction, defective compliance or noncompliance without sufficient gravity have a penalty system in Article 776 of the Code of Civil Procedure”.

The choice of legislative policy is justified by the need to prioritize “... the rational use of public justice, to reduce the high litigation that falls on courts, with measures to promote an efficient and agile judicial response to conflicts that may arise. At the time, the criminal law should be reserved for the settlement of disputes particularly serious”. The predictable consequence of the decriminalization of offenses against family relations is the inevitable delay of the judicial response to the breach, to the detriment of the right to family life as guaranteed in our Constitution and the European Convention on Human Rights.

KEY WORDS: reform; legalization; compliance; minor theft; disobedience.

SUMARIO: 1. Antecedentes.- 2. Principio de intervención mínima.- 3. Doctrina del Tribunal Supremo.- 4. Repercusión de la reforma.- 5. Tutela penal de los incumplimientos sobre régimen de guarda y custodia.- 6. Doctrina del Tribunal Constitucional.- 7. Excusa absolutoria.- 8. Ilícitos semejantes a la sustracción de menores.- 9. Desobediencia a la autoridad.- 9.1. Desobediencia a la autoridad judicial.- 9.2. Vulneración del principio de legalidad penal.- 9.3. Sustracción de menores.

1. Desde su incorporación mediante Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, el art. 225 bis CP ha constituido la respuesta más enérgica de nuestro Ordenamiento frente a los incumplimientos de las resoluciones judiciales o administrativas sobre guarda y custodia de los hijos menores de edad o discapacitados. Encuadrado en el capítulo III, Título XII, Libro I bajo la rúbrica “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, el delito de sustracción de menor forma parte de un variado elenco de figuras delictivas destinadas a castigar desde el impago de pensiones hasta la sustracción internacional.

Los arts. 618.2 y 622 CP, por su parte, se ocupaban hasta ahora de los incumplimientos leves relacionados con el régimen de visitas y custodia, respectivamente, aplicando para su enjuiciamiento el expeditivo juicio de faltas. Este procedimiento, carente de fase instructora, proporcionaba al justiciable una respuesta judicial rápida, especialmente en los juicios tramitados como “inmediatos” *ex* arts. 962 y 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM).

Por último, las conductas claramente renuentes al cumplimiento de la resolución judicial que establece el régimen de custodia y visitas quedaban bajo la tutela del art. 556 del mismo cuerpo legal, que tipifica de forma genérica el delito de desobediencia a la autoridad.

Este sencillo y eficaz esquema ha quedado desmembrado tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

2. Según resulta del Preámbulo de la LO 1/2015, “La reducción del número de faltas -delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte,

pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”.

La norma citada deroga íntegramente el Libro III del Código Penal⁴¹, y si bien es cierto que algunos de los ilícitos anteriormente calificados como falta se han transformado en la nueva regulación en delitos leves⁴², no ocurre lo mismo en el ámbito de los incumplimientos del régimen de custodia y estancia de los hijos menores de edad con sus progenitores, anteriormente castigados por los arts. 618.2 y 622 CP. El ámbito de aplicación de cada uno de los preceptos penales citados lo resume a la perfección la SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, 1/2015, 7 enero 2015, “El art. 622 del CP castiga el quebrantamiento de la resolución judicial o administrativa por la que se atribuye la guarda y custodia del menor a una persona, familia o institución tutelar y el art. 618 CP los incumplimientos de obligaciones familiares impuestas en convenio o resolución judicial, no sólo de tipo económico sino de cualquier otra clase, encajando en este último precepto los incumplimientos relativos al régimen de visitas”.

En la práctica, estos tipos penales daban cobertura al amplio abanico de incumplimientos que, de ordinario, se producen en el desarrollo de la relación paterno-filial. Su derogación conlleva la total despenalización del incumplimiento leve en esta materia, quedando limitada la vía penal a la sustracción de menores tipificada por el art. 225 bis CP y la desobediencia grave del art. 556 del mismo cuerpo legal, cuyo enjuiciamiento ha de llevarse a cabo a través del proceso penal común⁴³, con la consiguiente e inevitable demora en la respuesta judicial. Lo que a su vez repercutirá, previsiblemente de forma negativa, en la tutela del derecho a la vida familiar.

3. El Alto Tribunal ya venía remitiendo la solución de los conflictos surgidos en torno al régimen de estancia de los menores con sus progenitores a las normas de carácter civil o administrativo⁴⁴, en especial el art. 776.3 LEC. Así por ejemplo en S. 823/2012, 31 enero 2013, afirma: “Esta norma constituye un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los

⁴¹ Que hasta la reforma operada por la LO 1/2015 tipificaba las faltas contra las personas (arts. 617 a 622), contra el patrimonio (arts. 623 a 628), contra los intereses generales (arts. 629 a 632) y contra el orden público (arts. 633 a 637).

⁴² Como por ejemplo en el caso de las lesiones dolosas o el maltrato de obra, conductas anteriormente tipificadas en el art. 617 y que con la reforma pasan a estar penadas en el art. 147.2 y 3 del CP.

⁴³ Concretamente el procedimiento abreviado que regulan los arts. 757, siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴⁴ En el caso de menores sometidos a tutela o guarda administrativa.

hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador”.

Sin duda esta vía posibilita la tutela del derecho a la vida familiar tanto del progenitor como, en su caso, de los menores que sufran de forma reiterada los incumplimientos. Pero presenta varios escollos importantes:

- El primero es que, por definición, no cabe acudir a este remedio ante el primer incumplimiento, puesto que ha de ser reiterado.
- No existe tampoco una pauta definida de lo que debe considerarse “reiteración”, debiendo por ello delimitarse caso por caso.
- El cambio de régimen hay que llevarlo a cabo a través de un procedimiento de modificación de medidas, con la consiguiente demora en la consecución del objetivo.
- Finalmente, la tutela del orden jurídico perturbado no queda garantizada a través de esta vía, porque como dice la STS antes citada los incumplimientos solo se tienen en cuenta como “...una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio...”.
- La resolución judicial únicamente se pronunciará sobre el régimen futuro, pero no acarreará sanción alguna para los incumplimientos previos, con la consiguiente impunidad para el infractor.

Consciente de que este remedio no da respuesta a todos los supuestos que en la práctica se producen⁴⁵, en la misma sentencia el Alto Tribunal hace referencia a la posibilidad de acudir a la vía coercitiva para lograr el cumplimiento, bien sea a través de la imposición de las multas previstas en el art. 776.2 LEC⁴⁶, o bien mediante la exigencia de responsabilidad penal “...al haberse incumplido una resolución judicial clara y terminante acordada por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, conducta que se incardina en un delito de desobediencia grave, según resulta de los artículos 556 y 622 del CP”. Remite también al Convenio de la Haya de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en relación con el “... efecto disuasorio que puede producir en aquellos padres que se

⁴⁵ Téngase en cuenta, además, que no siempre el incumplimiento justificará el cambio de régimen de guarda y custodia.

⁴⁶ Medida absolutamente inoperante en el caso de progenitores insolventes.

sintieran tentados a recurrir al secuestro, evitando los abusos y fraudes que se pudieran cometer con motivo del derecho de visitas”. Recordemos que el citado Convenio tiene por objeto “velar por que los derechos de custodia y visitas vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”.

La norma de cierre del sistema punitivo en el ámbito de la guarda y custodia de menores la conforma el art. 225 bis CP, que castiga la sustracción de menores en los términos que más adelante se analizan.

4. Teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en la sentencia comentada llegamos a la conclusión de que, siempre que sea posible, los conflictos relacionados con el régimen de guarda y custodia deben resolverse mediante la aplicación de los remedios establecidos en la misma normativa utilizada para su establecimiento. Corolario lógico del principio de intervención mínima del derecho penal, cuya aplicación debe limitarse a aquellos supuestos en los que el resto del ordenamiento jurídico no resulta suficiente para tutelar los intereses en juego. Solo cuando la norma civil o administrativa se revela inoperante se debe acudir a la vía penal para restaurar el orden jurídico perturbado por el incumplimiento.

Conviene, no obstante, tener presente que el aforismo “justicia retardada, justicia denegada” tiene una especial relevancia en esta materia, porque el daño generado por la vulneración del derecho a la vida familiar se multiplica exponencialmente cuando el reencuentro o el disfrute de la compañía mutua entre el menor y su progenitor se demora durante meses o incluso años, a la espera de largos, complicados y a veces excesivamente garantistas procedimientos judiciales. En ocasiones incluso resulta imposible retomar la relación paterno-filial perdida, porque el transcurso del tiempo se ha encargado de romper todos los lazos afectivos entre el menor y su progenitor. En este sentido se pronuncia la STS, Sala 1ª, 720/2002, 9 julio 2002: “El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar”. Y es ahí donde la derogación de los arts. 618.2 y 622 CP va a tener una incidencia claramente negativa, porque mientras que hasta ahora la sanción al incumplidor y el desvalor asociado a la misma se implementaba en brevísimos plazos, a partir de la reforma solamente tendrán acceso al orden penal las conductas más graves y, además, la respuesta judicial sufrirá la inevitable demora inherente a la tramitación procesal ordinaria. Los incumplimientos leves, por el contrario, quedan

despenalizados, si bien podrán ser objeto de ejecución en vía civil o, en su caso, servir de base a un procedimiento de modificación de medidas.

5. El único tipo penal específicamente relacionado con el régimen de guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores vigente en la actualidad es el delito de sustracción de menores. Tipificado en el art. 225 bis CP, por imperativo del principio de última ratio del derecho penal su aplicación ha de limitarse a los incumplimientos más graves del régimen de guarda y custodia, siempre que concurren todos y cada uno de los elementos del tipo. Su redacción es la siguiente:

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:

a) 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.

b) 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.

Si bien el tenor literal de este precepto legal abarca, a priori, cualquier supuesto de traslado forzoso de un menor de su lugar de residencia, así como el quebrantamiento del régimen de custodia al que esté sometido por imperativo de una resolución judicial o administrativa, su aplicación práctica resulta ciertamente dificultosa. Incluye el desplazamiento dentro o fuera del territorio nacional y el sujeto activo del delito puede ser uno o ambos progenitores, pero también los ascendientes del menor (abuelos, bisabuelos) y los parientes del progenitor sustractor por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado (hijos, hermanos, cuñados).

El elemento material del tipo lo constituye el hecho de sustraer al menor, concepto jurídico que el propio precepto delimita, configurando las siguientes variantes:

a) Traslado del menor: La “sustracción” en este caso se concreta, según el apartado 2.1º del art. 225 bis CP, en trasladar al menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor o guardador con el que habitualmente conviva. El delito se perfecciona por el mero desplazamiento inconsciente del menor. La dificultad probatoria gira en torno al “consentimiento”, correspondiendo su carga al sustractor siempre que el guardador niegue haberlo prestado.

b) Retención del menor incumpliendo gravemente una resolución judicial o administrativa: El elemento material del tipo en este caso consiste en retener al menor más allá de lo autorizado por la resolución judicial o administrativa, cuya existencia constituye requisito *sine qua non* para que pueda incurrirse en este ilícito penal. La esencia del tipo, en este caso, es la no devolución del menor a su legítimo guardador al término del período de estancia con el sustractor.

6. Para el análisis de las ya anunciadas dificultades de aplicación del art. 225 bis CP vamos a partir de la STC 196/2013, 2 diciembre 2013. Esta resolución se pronuncia sobre un supuesto de hecho que se resume en el traslado de un menor al extranjero por su padre sin consentimiento de la madre. Retención que se mantiene de forma ininterrumpida durante más de ocho años, sin que la progenitora tenga conocimiento del lugar donde se encuentra el menor durante todo este tiempo. La demanda de amparo se interpone contra la Sentencia 212/2012, de 26 de abril, dictada por el Juzgado de lo Penal

número 2 de Jaén, que condenó al padre del menor como autor de un delito previsto y penado por el art. 225 bis 1 y 3 CP a las penas de tres años de prisión, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad durante siete años, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante tres años, pago de las costas procesales e indemnización a la madre del menor en la cuantía de 600.000 euros. Dicha Sentencia fue confirmada por la número 182/2012, 17 julio 2012, dictada por la Sección 1ª de la AP de Jaén, a la cual también alcanza el recurso.

La demanda de amparo se fundamenta en la infracción del principio de legalidad, dado que cuando el progenitor trasladó al menor en el año 1998 no se encontraba vigente el precepto penal aplicado. También se invoca el error invencible que conlleva el desconocimiento de la tipificación del delito de sustracción de menores con posterioridad al traslado del menor, así como la falta de notificación al sustractor de las resoluciones judiciales que otorgaron la guarda y custodia a la madre, al haber sido dictadas con posterioridad a su traslado al extranjero. Error o desconocimiento que impide la aplicación del tipo penal por faltar el dolo o intencionalidad de incumplir las mismas.

El TC, analizando los motivos someramente esbozados, comienza por convalidar la calificación efectuada por los órganos judiciales de este ilícito penal como “delito permanente”, lo que determina que hasta que no se restablece el orden jurídico quebrantado sigue cometiéndose el mismo. Por ello, es absolutamente consecuente distinguir entre el traslado del menor, que en este caso se produjo antes de la entrada en vigor del precepto aplicado y, por ello, no puede ser sancionado en virtud del principio de legalidad, y la retención del mismo, que se mantuvo con posterioridad a la entrada en vigor del tipo penal que analizamos.

Sin embargo, pese a considerar probado el elemento material de la retención, el TC otorga el amparo con fundamento en la falta de prueba sobre el elemento intencional, esto es, la voluntad de quebrantar las resoluciones judiciales objetivamente infringidas, dado que los órganos judiciales omitieron “cualquier valoración relativa a la existencia de consciencia y voluntariedad, por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor”. Por ello, “la interpretación dada por los órganos judiciales al art. 225 bis 2.2 no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad, con la consiguiente vulneración del art. 25.1 CE, al no satisfacer las exigencias típicas que delimitan el ámbito del citado precepto penal”.

La doctrina emanada de esta Sentencia debe tenerse muy presente, por tanto, en relación con el delito que analizamos, puesto que resulta imprescindible que concurren y se declaren probados ambos elementos -el material y el

intencional- para que sea constitucionalmente viable la condena por el delito de sustracción de menores en su vertiente de retención en contra de una resolución judicial o administrativa. Téngase en cuenta que, al contrario de lo que ocurre con los delitos patrimoniales -en los cuales se presume el ánimo de lucro-, en este caso no cabe presumir la voluntad de incumplir la resolución judicial, debiendo ser probada en el correspondiente proceso penal y declararse como tal en la resolución condenatoria. La inevitable consecuencia de la falta de notificación –sea por imposibilidad real o por picaresca de su destinatario- es que el progenitor sustractor quedará exento de pena, al faltar el elemento volitivo o voluntad consciente de incumplir la resolución que establece el régimen de guarda. Dicho de otra forma, no cabe apreciar voluntad incumplidora -elemento intencional- cuando falta el previo conocimiento de lo que se debe cumplir.

Así pues, a falta de notificación el único ilícito posible sería el tipificado en el apartado primero del art. 225 bis 2 CP, esto es, el traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento de:

a) El progenitor con quien conviva habitualmente, enunciado limitado a los supuestos en los que el menor convive únicamente con uno de sus progenitores. Se castiga en este caso al progenitor, ascendiente o familiar que lo sustrae o aparta del custodio sin su consentimiento. No concurren los elementos del tipo, por el contrario, cuando el menor convive con ambos progenitores y uno de ellos traslada o autoriza el traslado del menor, porque en ese caso sí concurre el consentimiento requerido.

b) De las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia: Aunque en este caso no se exige el quebrantamiento de una resolución judicial o administrativa, la expresión “confiada su guarda o custodia” implica que el sustractor ha de apartar al menor de una guarda de hecho previamente autorizada por quien tenga potestad sobre el mismo. A título de ejemplo podemos pensar en los abuelos, familiares o personal contratado que cuidan del menor mientras el progenitor guardador no puede ocuparse de él, en los responsables del centro educativo, guardería, ludoteca, etc. En todos estos casos el sustractor incurriría en delito. No lo hará, por el contrario, cuando el menor sea “rescatado” de una situación de abandono de hecho, por encontrarse sin vigilancia en su propio domicilio, o en la calle, o acompañado por personas ebrias, etc., etc.

Los supuestos de justificación que podemos imaginar son casi ilimitados, y la presunción de inocencia resulta, como es lógico, un límite infranqueable.

7. Otra cuestión que dificulta enormemente la aplicación del art. 225 bis CP es la exclusión de responsabilidad que prevé el apartado 1º, que se proyecta tanto sobre la sustracción en sí misma como sobre la retención del menor: “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”.

Al contrario de lo que ocurre con el concepto “sustracción”, que el propio precepto legal se encarga de delimitar, no existe definición alguna de lo que haya de considerarse “causa justificada”. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser apreciado judicialmente caso por caso, con la consiguiente posibilidad de que causas iguales o similares sean consideradas suficientes o insuficientes para justificar la sustracción, dependiendo del tribunal que juzgue los hechos. La indefinición permite, en cualquier caso, imaginar y alegar en defensa del sustractor las más variadas causas de justificación, con claro detrimento de la seguridad jurídica. A título de ejemplo podemos citar la enfermedad grave del hijo que haga necesario su traslado para recibir tratamiento en otro país, influencia altamente perniciosa del progenitor custodio, ambiente inapropiado y dañino para el menor, ingreso en prisión, alcoholismo o toxicomanía del otro progenitor y, en general, cualquier circunstancia que pueda resultar dañosa. Aún cuando la analogía está prohibida en materia penal, no resultaría descabellado remitirse a la doctrina del Tribunal Supremo en relación con las causas de suspensión del régimen de visitas, que, “sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor” (STS 30 abril 1991, 22 mayo 1992, 19 octubre 1992 y 21 julio 1993).

En definitiva, siempre que la conducta del sustractor pueda fundamentarse en el supremo interés del menor y exista un mínimo acervo probatorio sobre la causa alegada, la excusa absolutoria puede y debe prosperar por imperativo del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de inexcusable aplicación en el ámbito penal. Corresponderá al presunto sustractor, eso sí, alegar y probar la causa de justificación, quedando al arbitrio del tribunal la apreciación de si la misma es o no suficiente en el caso concreto, sin perjuicio del posterior control de constitucionalidad.

8. El tipo penal que venimos analizando puede interactuar en algún caso con el supuesto de hecho tipificado en los arts. 223 y 224 CP, respecto de los cuales presenta sin embargo diferencias sustanciales:

a) Diferencias con el quebrantamiento de los deberes de guarda y custodia: el art. 223 CP impone pena de prisión de seis meses a dos años⁴⁷ a la persona que, teniendo a su cargo a un menor o incapaz, no lo presente a sus padres o guardadores cuando sea requerido a tal efecto.

De la interpretación jurisprudencial de este precepto resulta que "...el sujeto activo de este delito son aquellas personas, distintas a los padres, que ostentan la custodia de un menor o incapaz y no lo presentan a los padres o guardadores sin justificación para ello"⁴⁸. Queda claro, pues, que los progenitores no pueden ser sujeto activo de este delito.

Es necesario, además, que se produzca un traslado del menor de su lugar de residencia (AP Vizcaya, Sección 2ª, Auto 135/2006 de 20 febrero): "La negativa de la abuela materna y de la tía materna a entregar al menor a su padre cuando éste pretende ejercer el derecho de visitas reconocido por resolución judicial no puede incardinarse en el art. 225 bis 2. 2º y 5º ni en el art. 223 ya que para que pueda darse cualquiera de estos delitos tiene que, como actividad delictiva, sustraerse al menor injustificadamente desde su lugar de residencia, sin el consentimiento de quien ostenta la guarda y custodia, personal o institucionalmente (obviamente mediante resolución judicial o administrativa) trasladándole a otro lugar, o retenerlo, claro está fuera de su residencia, con incumplimiento grave de resolución judicial, lo que no sucede en este caso".

b) Diferencias con la inducción al abandono de domicilio: el art. 224 CP, por su parte, impone la misma pena a cualquier persona que induzca a un menor de edad o discapacitado a que abandone el domicilio familiar o lugar donde resida, incluyendo un segundo párrafo que castiga específicamente al progenitor que induzca al menor a incumplir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa. La diferencia en este caso estriba en que es el hijo el que abandona por sí mismo su domicilio, sin mediar sustracción o retención del progenitor.

9. La norma de cierre de los incumplimientos que analizamos la conforma el art. 556 CP, que castiga de forma genérica la resistencia y/o desobediencia grave no incluida en el delito de atentado que tipifica el art. 550 del mismo cuerpo legal. La diferencia entre el atentado y la desobediencia queda meridianamente clara en el siguiente pasaje de la STS, Sala 2ª, 580/2014 de 21 de julio: "La figura del atentado, contemplada en el artículo 550 del Código Penal, abarca tanto el acometimiento o la fuerza como la resistencia

⁴⁷ Salvo que concurren las circunstancias previstas en el art. 225 bis. 4 Código Penal.

⁴⁸ Por todas, AAP Madrid, Sección 23ª, nº 149/2008, de 27 de febrero.

activa, también grave, contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. En consecuencia, la figura delictiva del artículo 556 del Código Penal...queda limitada a la resistencia no grave o pasiva a la que se equipara la desobediencia grave”.

Incorre, por tanto, en desobediencia a la autoridad el que incumple una resolución judicial de cualquier clase, incluyendo las dictadas en el ámbito de las relaciones paterno-filiales según resulta –entre otras- de la STS, Sala 1ª, 823/2012, 31 enero 2013: “En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia”.

Ahora bien, la aplicación del art. 556 CP queda supeditada a la concurrencia y acreditación de todos y cada uno de los requisitos del tipo penal de desobediencia a la autoridad que, de conformidad con la STS, Sala 2ª, 1615/2003, 1 diciembre 2003, son los siguientes:

- a) La preexistencia de una orden legítima de la autoridad competente que sea de obligado cumplimiento.
- b) El conocimiento de esta orden por el destinatario.
- c) La conducta omisiva de éste, que la desatiende y no la cumple (SSTS 17 de febrero y 14 de octubre 1992, 16 de marzo 1993 y 21 de enero de 2003). Se colma la tipicidad de la desobediencia cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo y no se da cumplimiento al mandato.

Lo que castiga el art. 556 CP es “...una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto, de manera clara y tajante a su vez, por la Autoridad competente”. Como contrapartida, se exige “la debida acreditación de la notificación de esa decisión, e incluso de un requerimiento para ser acatada” con el fin de tener la seguridad de que el desobediente conocía el mandato incumplido y, por ello, su propósito de incumplirlo (STS, Sala 2ª, 1095/2009, 6 noviembre 2009). Lo que nos lleva, inevitablemente, a la misma conclusión alcanzada en relación con el delito de sustracción de menores, puesto que se precisa la concurrencia y prueba tanto del elemento material -el incumplimiento en sí mismo- como del elemento intencional -la voluntad rebelde-. Y dado que, de conformidad con la doctrina del TC antes citada, no puede existir una voluntad rebelde a cumplir algo que no se conoce, la constitucionalidad de la condena por desobediencia

queda supeditada a la previa notificación de la resolución judicial, debiendo incluso ser requerido de cumplimiento su destinatario.

9. 1. La STS 1615/2003, Sala 2ª, 1 diciembre 2003, aplica el art. 556 CP en un supuesto de incumplimiento de la resolución judicial que establece el régimen de guarda y custodia:

“En el presente caso, como señala el Ministerio Fiscal, se evidencia con arreglo a los hechos probados que el acusado incumplió la obligación que le impuso la autoridad judicial, en procedimiento civil de su competencia, relativo a las medidas por las que se regulaba el ejercicio de la guarda y custodia de los menores y del régimen de visitas, obligación que el propio recurrente conocía ya que inicio el trámite para su impugnación, abandonando el recurso y la actuación en el ámbito del proceso para, consciente y voluntariamente, situarse al margen del mismo, ocultando su domicilio, evitando cualquier contacto de los menores con su madre, situándose en la posición de impedir cualquier contacto con la administración de justicia, precisamente porque venía obligado al cumplimiento de aquellas medidas que no estando dispuesto a cumplir, solo podía hacerlo mediante su desaparición y la de los menores de forma que con ello las incumplía íntegramente con el traslado de los hijos a otra provincia, que imposibilitó el cumplimiento de aquellas medidas con su incumplimiento, se hizo con la "guarda y custodia" de sus hijos, que la misma autoridad judicial había confiado a su esposa”.

9.2. La STC, Sala 2ª, 196/2013, 2 diciembre 2013, otorga el amparo demandado por el progenitor que fue condenado por sustracción de menores, al haberse vulnerado el principio de legalidad penal:

“En atención a lo expuesto cabe afirmar que la exégesis del precepto penal realizada por los órganos judiciales soslaya un aspecto crucial sobre el alcance de la infracción penal: el abarcamiento por el dolo del autor de los distintos componentes del hecho típico, especialmente el relativo al incumplimiento grave del deber establecido por las resoluciones de carácter civil...

En el presente caso, para la apreciación del aspecto anímico del delito se ha omitido cualquier valoración relativa a la existencia de consciencia y voluntariedad, por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor. Ello ha dado lugar a que, implícitamente, los órganos judiciales hayan conferido al precepto citado de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa, amplitud que se refleja

en la interpretación extensiva que llevaron a cabo a la hora de calibrar la intencionalidad del demandante. Ante esa tesitura, este Tribunal queda facultado para revisar las operaciones interpretativas realizadas por aquellos órganos, máxime cuando en el presente caso está comprometido el art. 17.1 CE, pues al demandante le fue impuesta una pena privativa de libertad. Por tanto, hemos de colegir que la interpretación dada por los órganos judiciales al art. 225 bis.2.2 CP no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad, con la consiguiente vulneración del art. 25.1 CE, al no satisfacer las exigencias típicas que delimitan el ámbito del citado precepto penal”.

9.3. No existe en un caso de divorcio de mutuo acuerdo en el que se supeditaba el traslado del menor al extranjero al consentimiento del otro progenitor. En este caso lo que se produce es desobediencia a la autoridad judicial (AAP Tarragona, Sección 4ª, 369/2012, 26 julio 2012).

Tampoco cuando el traslado se efectúa para la tutela del menor (SAP Barcelona, Sección 7ª, 501/2011, 5 julio 2011).

La STS, Sala 2ª, 1066/2010, 21 enero 2011, considera que no hay sustracción en un caso en el que la familia del padre del menor (fallecido) expulsa a la madre del domicilio y retiene al menor contra la voluntad de la progenitora:

“Por otra parte, en el escrito de formalización del recurso la representación de la recurrente ha considerado la tipicidad de la conducta de los acusados desde el punto de vista del art. 225 bis, 2º CP. Pero, ante la evidencia de que esa disposición, de alcance mucho más limitado que el previsto en los derechos europeos antes referidos, condiciona la tipicidad al incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, y ante la manifiesta imposibilidad de subsumir el hecho en los restantes apartados del artículo citado, dicha representación admite expresamente que "mientras no [se] cuente con la correspondiente resolución no se dará ese tipo" (el del art. 225.bis 2º CP) y que "los hechos ocurridos nunca podrían considerarse como sustracción de menores"...

Esa separación antijurídica del niño de su madre por sí sola...no es subsumible bajo el tipo del art. 225 bis CP... La aplicación de cualquiera de estas dos disposiciones al presente caso, infringiría el art. 25.1 CE (exigencia de *lex stricta* del principio de legalidad), pues sólo sería posible extendiendo analógicamente el tenor literal del texto a supuestos de hecho que evidentemente no están alcanzados por él”.