

LA CONFLICTIVIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DEL
RÉGIMEN DE VISITAS POR EL PROGENITOR CUSTODIO Y
SU PERSECUCIÓN PENAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR
DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA
QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL

*PUNISHMENT OF PARENTAL AGREEMENT IMPEDIMENT BY
THE CARING PARENT AFTER THE CONSTITUTIONAL LAW 1/2015
ON 30TH MARCH GOING INTO EFFECT*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 746-761



Miriam PACHO
JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es tratar de delimitar la viabilidad de la jurisdicción civil ante aquellas situaciones en que el progenitor custodio interfiere obstaculizando la relación paterno filial de manera persistente y reiterada en el tiempo, así como las posibles carencias e incongruencias de nuestro Ordenamiento Jurídico a raíz de la despenalización de las anteriores conductas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

PALABRAS CLAVE: Reforma legislativa; despenalización; desobediencia; hijos menores; obstrucción.

ABSTRACT: *The aim of this work is to define the feasibility of Civil Jurisdiction in those situations where the caring parent obstacles the parental relationship through common conducts such as co-parent devaluation or parental agreement impediment, after those behaviors having been unpunished as a consequence of enabling the Constitutional Law 1/2015 on 30th March.*

KEY WORDS: *Legislative reform; unpunishment; disobedience; children; obstruction.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RESPUESTA DE LA VÍA CIVIL AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y LOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN.- III. LA RESPUESTA DE LA VÍA PENAL AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS.- 1. El delito de desobediencia.- 2. El delito de sustracción de menores.- 3. El delito de abandono de familia.- 4. El impago de pensiones del artículo 227 CP. ¿Qué sucede con el “principio de intervención mínima”?.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El incremento del número de divorcios contenciosos con hijos menores en Europa es una realidad social. La trascendencia sociológica del problema requiere de un adecuado marco jurídico que ofrezca una respuesta real, eficaz y óptima a este tipo de conflictos, en atención a los bienes jurídicos dirimidos en los mismos y que demandan una especial protección.

Las rupturas conyugales no siempre resultan amistosas y la gestión de una situación de crisis habitualmente es complicada, máxime en contextos con hijos menores en los que se produce un reajuste emocional del núcleo familiar en su conjunto. En consecuencia, y a falta de acuerdo entre los progenitores, es el órgano judicial el encargado de establecer las medidas que regularán las relaciones de la nueva situación familiar, y especialmente de los padres para con sus hijos. La imposición por un tercero ajeno a los verdaderos problemas y necesidades de los sujetos generalmente es el inicio de un sinfín de conflictos futuros. Y es que no se puede pretender que, en un ambiente hostil en que se ha impuesto a las partes una solución carente de diálogo bajo el punto de vista adversarial, exista un compromiso con el resultado.

Los cónyuges no sienten suyas las medidas acordadas, lo que implica una dificultad inherente para el cumplimiento y desencadena, en consecuencia, conflictos de manera reiterada en el tiempo, lo que genera un ambiente de desgaste y frustración crónico. “Con la sentencia comienza el auténtico pleito”¹.

MARTÍN GONZÁLEZ, E., DEL ÁLAMO GUTIÉRREZ, C., y GONZÁLEZ CORCHUELO, C.: “Mediación familiar intrajudicial: reflexiones y propuestas desde la práctica”, *Revista de mediación*, 2009, núm. 3, pp. 6-15.

• **Miriam Pacho Jiménez**

Abogada y Criminóloga. Correo electrónico: miriampachojimenez@gmail.com

La conflictividad en el cumplimiento del régimen de visitas es tan habitual que son muy pocos los progenitores que ven normalizada su situación una vez finalizado el procedimiento judicial de divorcio contencioso. Como acertadamente señalan ciertos autores², “las sentencias se incumplen y no pasa nada. En los divorcios, los impagos de alimentos son perseguidos de manera penal pero el régimen de visitas es una cuestión civil. La gente lo incumple porque no tiene consecuencias penales”.

La derogación del Libro III del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, trajo consigo la desaparición de la infracción penal constitutiva de falta y, con ello, se dejaron de derivar al Derecho Penal aspectos que encontraban resolución en la Jurisdicción civil.

En concreto, se derogaron los arts. 618.2³ y 622⁴ del Código, que castigaban los incumplimientos de las medidas reguladoras de divorcio establecidas en resolución judicial y, más concretamente, las infracciones en el régimen de custodia de los hijos menores. El legislador no encontraba motivación alguna en el hecho de que padres y niños tuvieran que acudir al Juzgado de Instrucción o a las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para resolver controversias que traían causa de una imposibilidad para la resolución amistosa de conflictos derivados de la crisis familiar, del modo de reorganizar sus vidas o de consensuar entre ex cónyuges acuerdos para ejecutar las medidas establecidas, considerando además que criminalizar estas conductas no resolvía el problema. Y para aquellas situaciones de “extrema gravedad” aún quedaba vigente el delito de desobediencia del art. 556 en orden al cumplimiento de las obligaciones familiares.

El objeto del presente trabajo es tratar de delimitar la viabilidad de la jurisdicción civil ante aquellas situaciones en que el progenitor custodio interfiere obstaculizando la relación paterno filial, desvalorizando su figura de manera persistente y reiterada en el tiempo e impidiendo de manera deliberada el cumplimiento del derecho reconocido por resolución judicial al progenitor no custodio, así como las posibles carencias e incongruencias de nuestro Ordenamiento Jurídico a raíz de la despenalización de las anteriores conductas, para las que únicamente se encuentra respuesta por la vía del ya citado art. 556 CP.

2 PRADO, L.: “Abogados a odiar a uno de sus padres”. 20 *Minutos*, núm. 4.315, 2019, p. 12.

El art. 618.2 CP castigaba al 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”, con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

El art. 622 CP penaba la conducta de “los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia, que infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa”, castigándolos con una pena de multa de uno a dos meses.

II. LA RESPUESTA DE LA VÍA CIVIL AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y LOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN.

Pese a que nuestro Código Civil refleja en diversos preceptos el ámbito de la obligación relativa al régimen de visitas en su conjunto, el texto guarda silencio respecto de las consecuencias que pudieran derivarse del incumplimiento por parte del progenitor custodio.

La articulación en dos direcciones que del mismo se efectúa, en atención a quién se trate (si el padre custodio o el no custodio), muestra ampliamente las obligaciones de ambos, que han de proteger el interés superior del menor reconocido en el art. 39.2⁵ CE.

Para encontrar respuesta en la vía civil a los citados incumplimientos hemos de acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su art. 776 recoge la fórmula de la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas como vía eficaz y acorde con la subsidiariedad de la Jurisdicción penal⁶. Dicho precepto posibilita al progenitor no custodio que se ve privado de manera injustificada de su derecho de visitas a solicitar del juzgador la ejecución de las mismas bajo apercibimiento de multas coercitivas impuestas a quien incumple la resolución judicial⁷, permitiendo incluso la modificación del régimen en caso de reiteración en el incumplimiento⁸. A tal efecto, la falta de previsión legal sobre qué ha de entenderse por “incumplimiento reiterado” genera en la práctica innumerables problemas de interpretación. Parece que podría encajar todo incumplimiento que haya sucedido en más de una ocasión. Sin embargo, y como indicábamos, la delimitación plantea serias dudas ante situaciones en que el progenitor custodio efectúa incumplimientos que no denotan gravedad, tales como retrasos en las entregas que no revisten un carácter habitual o continuado en el tiempo, para los que habríamos de atender a las circunstancias específicas de cada caso concreto⁹.

El art. 39.2 CE recoge la obligación de los poderes públicos de asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”.

Según se desprende del Preámbulo de la LO 1/2015, “la reducción del número de faltas 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”.

El apartado 2º del art. 776 regula los incumplimientos de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, en las que no procede la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado 3º del art. 709, y para las que prevé el mantenimiento de “multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto”.

Para modificar las medidas paterno filiales hemos de acudir a la previsión del art. 775 LEC, que permite modificar las medidas definitivas siempre y cuando se haya producido una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción.

Como recoge MARTÍNEZ CALVO, J.: “Posibles consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio”, *Tribuna*, IDIBE, 21 mayo 2019, “cabe entender que el juez tenga en cuenta diversos aspectos, como la reiteración, la gravedad del incumplimiento, la causa objetiva de dicho incumplimiento, si se trata de un incumplimiento total –por ejemplo, el progenitor custodio no entrega al menor para que se desarrollen las visitas- o parcial –retrasos en las entregas, llevarlas a cabo en otro lugar distinto del establecido, etc. –o si es el propio menor el que se niega a relacionarse con el progenitor

Como decíamos, la ejecución forzosa parece ser la vía más adecuada para dar solución a las situaciones indicadas¹⁰. Pero, en la práctica, y lejos de solventar de manera rápida y eficaz los conflictos derivados del incumplimiento, el progenitor no custodio que se ve desprovisto de su derecho de relacionarse con sus hijos suele encontrar importantes trabas que impiden que el litigio se resuelva de la manera esperada.

El primer problema es la lentitud de los tiempos judiciales. No olvidemos que, cuando el cónyuge interpone la demanda ejecutiva, viene soportando largos periodos de incumplimientos reiterados, generalmente destinados a apartarle de sus hijos y, en los casos más graves, dichos incumplimientos son totales. Es muy probable que el sujeto afectado haya estado sin ver a los menores mucho tiempo. Y que, una vez dictado el Auto despachando ejecución, el ejecutado intente alargar al máximo el procedimiento judicial oponiéndose y solicitando la convocatoria de vista, y utilizando cuantos recursos sean posibles¹¹, tiempo en que las visitas suelen continuar obstaculizándose o en suspenso.

El segundo problema es el carácter limitado del pronunciamiento de la ejecución. El tribunal únicamente puede dictar orden general de ejecución sobre los pronunciamientos existentes en el fallo del título ejecutivo y sin modificar el mismo, por lo que no resulta posible que ordene el cumplimiento del régimen de visitas estableciendo, a tal fin, que se lleve a cabo a través de los denominados "puntos de encuentro", ni tampoco bajo el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹² o por medio de cualquier otra vía de aseguramiento del resultado pretendido. Lo habitual en aquellos casos en que la solicitud de cumplimiento forzoso va acompañada de tales previsiones por el ejecutante es que las mismas sean inadmitidas, debiendo instar a tal efecto el oportuno

no custodio". <https://idibe.org/tribuna/posibles-consecuencias-del-incumplimiento-del-regimen-visitas-parte-del-progenitor-custodio/>

Se plantea la duda de si podríamos acudir al art. 87 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria a fin de que el tribunal adopte medidas de carácter urgente para la protección de los menores. Existen pronunciamientos contradictorios al respecto, pero la SAP Madrid 28 de enero 2019 (EDJ 2019/570596), previó esta posibilidad al amparo del citado artículo, en consonancia con el 158 CC, para la adopción de medidas cautelares urgentes que permitieran remover cuantos obstáculos venían haciendo ineficaz el cumplimiento del régimen de visitas acordado judicialmente, para lo que se reclamaba que los intercambios de la menor se realizaran a través de un punto de encuentro y se impusieran multas coercitivas a la madre cada vez que incumpliera.

Pese a que las causas de oposición son tasadas (en virtud de lo dispuesto en el art. 556.I LEC), es muy habitual que la parte ejecutada intente alargar el procedimiento en la medida de lo posible, manteniéndose en su negativa de cumplir con el régimen de visitas mientras dure y contraviniendo, en consecuencia, el apartado 2 del citado artículo, que indica que la oposición a la ejecución no suspenderá el curso de la misma.

Incorporamos las reflexiones de ZARRALUQUI, L. [et al]: *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, Madrid, 2002, p.63., que compartimos en su totalidad, al considerar "surrealista, patética y kafkiana la imagen de los niños de corta edad, sometidos por sus padres (que en teoría son los que más les quieren), a la tortura psicológica de tener que ver reducido y manipulado su derecho infantil a disfrutar de la presencia de uno u otro, a una obligada presencia en un Juzgado de Guardia, Comisaría o Cuartelillo de la Guardia Civil".

procedimiento de modificación de medidas a fin de que el futuro pronunciamiento sobre las mismas prevea tales posibilidades.

Por tanto, es posible que pese a existir orden general de ejecución, las visitas continúen sin producirse debido a la negativa y total impedimento del progenitor custodio. En estos casos, ¿ha servido de algo el procedimiento de ejecución si el padre no custodio continúa sin tener en su compañía a sus hijos? ¿Resulta en la práctica suficiente una orden judicial para hacer efectivo dicho régimen de visitas? ¿Es una multa pecuniaria bastante aliciente para que el progenitor custodio cumpla con sus obligaciones¹³? Y, lo más preocupante de todo, ¿cómo compensamos al progenitor no custodio todo este tiempo de incertidumbre y sufrimiento si es imposible que pueda recuperar el tiempo perdido¹⁴ en momentos clave de la vida y desarrollo de sus hijos¹⁵?

Todas estas preguntas no encuentran respuesta en la vía civil, por lo que no se garantiza la tutela del derecho perturbado, pese a que el legislador pretenda hacernos creer lo contrario¹⁶ en el Preámbulo de la citada LO 1/2015, al señalar que “la supresión de las infracciones constitutivas de falta introduce coherencia en el sistema sancionador en su conjunto”.

III. LA RESPUESTA DE LA VÍA PENAL AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS.

La reforma del Código Penal del año 2015 trajo consigo, como indicábamos, la derogación de las antiguas faltas y, con ellas, de la persecución del incumplimiento del régimen de visitas u obligaciones familiares (art. 618.2 CP), y de la infracción del régimen de custodia (art. 622 CP). Se castigaba tanto las conductas de ínfima gravedad, como también aquellas otras que, sin llegar a ser constitutivas del delito de desobediencia, encajaban dentro del tipo de ambos preceptos.

Sin embargo, y teniendo en consideración que el orden penal siempre ha de ser un mecanismo subsidiario al que recurrir una vez agotada la vía civil, la

Esta medida queda vacía de contenido en caso de progenitores insolventes, o aquellos con ingresos reducidos.

La STS 9 julio 2002 n° 720/2002 (EDJ 2002/27754), recuerda que “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”.

Téngase en cuenta la STS 30 junio 2009 (CENDOJ 28079110012009100501) que condenó por la vía de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC a la madre incumplidora a indemnizar al padre por el daño moral sufrido a consecuencia de la privación, de forma unilateral e injustificada, del ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad.

HERRANZ GONZÁLEZ, A.: “Repercusión de los incumplimientos sobre guarda y custodia tras la reforma del Código Penal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3-3, pp. 104-119., efectúa un clarificador análisis de la repercusión que ha tenido la modificación legislativa en torno a los incumplimientos de medidas paterno filiales.

despenalización de las citadas conductas ha dejado vacío el camino para todos aquellos incumplimientos que no revistan un carácter reiterado, contumaz, persistente, tenaz, perseverante, constante, firme, permanente y duradero. Tan sólo cuando se trate de un verdadero impedimento deliberado del derecho que contenga los anteriores caracteres podremos incurrir en el tipo del delito de desobediencia grave a la autoridad judicial¹⁷.

I. El delito de desobediencia.

El apartado I del art. 556 CP establece una pena de prisión de “tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses” a aquellos que resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad en el ejercicio de sus funciones. Parece que los elementos del tipo no dejan lugar a dudas, por lo que para incurrir en el mismo únicamente debe existir un incumplimiento de una orden judicial. Nada más lejos de la realidad.

La jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal¹⁸ ha señalado como elementos que deben integrar la conducta desobediente los siguientes: a) el carácter determinante, directo o expreso de la orden dictada por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, debiendo imponer al particular una conducta activa o pasiva; b) su conocimiento, real y positivo, por el obligado; c) la existencia de un requerimiento por parte de la autoridad hecho con las formalidades legales, sin que sea preciso que conlleve el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia en caso de incumplimiento¹⁹; d) la negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz a la misma, que revela el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad; y e) en todo caso, debe alcanzar una especial gravedad²⁰.

Se requiere unos añadidos, en consecuencia, para la consumación del delito. En primera instancia, la existencia de una orden judicial conocida por el sujeto activo y que se vea incumplida mediante su actitud deliberada. En segundo término, y pese a que el tipo legal del delito de desobediencia no incluye que el mandato se haya de hacer bajo apercibimiento específico de poder incurrir en la citada

Así lo recoge la SAP A Coruña 24 mayo 2017 (EDJ 2017/121274).

Véase la STS 10 diciembre 2004 (EDJ 2004/197316).

Como recoge la SAP Barcelona 22 de diciembre de 2017 (EDJ 2017/331267), “existe una antigua discrepancia doctrinal sobre si uno de los requisitos del delito de desobediencia es que se haya advertido expresamente de la posibilidad de incurrir en tal delito”. En este sentido, la STS más reciente (STS 22 marzo 2017, EDJ 2017/19444), efectúa una brillante interpretación al respecto, indicando que “es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular, el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Sólo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias de su incumplimiento”.

La conducta ha de ser de carácter grave, de conformidad con lo exigido por la jurisprudencia para integrar dicho delito. En este sentido, entre muchas otras, la STS 20 enero 2010 (EDJ 2010/2484).

actuación delictiva, la jurisprudencia viene exigiendo tal presupuesto para verificar el elemento subjetivo, el dolo. Esto es, resulta preciso que “para la comisión del delito de desobediencia haya un mandato persistente y reiterado de modo que frente a él quede de manifiesto una actitud de oposición tenaz y obstinada, que es lo que constituye la esencia de esta infracción penal, unido a la existencia de un dolo específico de escarnecer el principio de autoridad” (SAP Córdoba 3 enero 2007²¹). Y, en tercer lugar, ha de revestir el carácter de “grave”. ¿Qué ha de entenderse por grave? ¿Es necesario que concurren todos los caracteres anteriormente expresados—reiteración, persistencia, tenacidad, perseverancia, constancia, firmeza, permanencia e insistencia— al mismo tiempo? ¿O es posible que la coexistencia de algunos de ellos haga de la conducta una actuación delictiva? Nuevamente, y a falta de previsión legal, debemos analizar cada caso concreto a fin de llenar el vacío jurídico de la norma²².

2. El delito de sustracción de menores.

Regulado en el art. 225 bis CP, el delito de sustracción de menores condena al que “dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados”, indicando en su apartado segundo qué ha de entenderse por sustracción.

Mucha duda crea en torno a si el incumplimiento del régimen de visitas y la consecuente separación deliberada del progenitor no custodio podría encajar en la tipificación del citado artículo.

Siguiendo la línea jurisprudencial²³, el delito de sustracción de menores “protege el derecho del menor a disfrutar de una relación personal con cada uno de los padres y la paz en las relaciones familiares, en el sentido de respeto a las vías jurídicas para resolver las desavenencias, que en el ejercicio de los derechos derivados de esas relaciones puedan surgir, y no podemos dejar desapercibido el hecho de que la propia LO 9/2002 dice en su Exposición de Motivos que lo que se pretende con la introducción de este tipo penal es dar respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor, lo que ha llevado a entender en muchas ocasiones que el sujeto activo del tipo penal sólo puede ser el cónyuge no

SAP Córdoba 3 enero 2007 (EDJ 2007/59954).

A diferencia de lo que ocurre con el impago de pensión de alimentos del art. 227 CP, que sí tiene previsto cuántos incumplimientos han de darse para que la conducta pueda subsumirse en el tipo.

Véase, por clarificador, el AAP León 1 marzo 2019 (EDJ 2019/565481).

custodio". En consonancia con esta limitación, parece que la gravedad de las penas previstas para este delito, que incluyen incluso la privación de la patria potestad por tiempo mínimo de cuatro años, requiere que el elemento subjetivo sea la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia, y con el objetivo de pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando así al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento²⁴. Parece, por tanto, que la separación antijurídica del niño del progenitor no custodio mediante la obstaculización o incumplimiento total del régimen de visitas no podría constituir un delito de sustracción de menores.

3. El delito de abandono de familia.

La tipificación de la conducta de quien "dejare de cumplir con los deberes legales de 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" se encuentra regulada en el art. 226 CP. La aplicación del mismo es directa en aquellos casos en que el sujeto que ejerce la patria potestad incumple con sus deberes de asistencia para con sus hijos, quienes serán el sujeto pasivo de la acción, no circunscribiéndose ésta exclusivamente a lo estrictamente material o económico, sino a todos y cada uno de los deberes asistenciales, como la educación y formación integral o la unidad de domicilio²⁵.

Para lo que aquí interesa, y en atención a la naturaleza del delito de abandono de familia, debemos analizar si los incumplimientos del régimen de visitas podrían tener cabida dentro del tipo penal. Siguiendo la línea de la citada STS 12 julio 2011²⁶ ni los incumplimientos de los regímenes de visitas ni tampoco los impagos de pensiones se refieren al delito del art. 226, ya que éste hace referencia a una "desatención dolosa de ciertos deberes de cuidado específicos, sin cesar en sus funciones esenciales de custodia, ni en otras propias de la patria potestad". Esta tipología delictiva únicamente sanciona a quien dejare de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, como es el de atención, asistencia y cuidado de los hijos, siendo toda acción consistente en dejar abandonado a un menor infractora de los deberes de cuidado y protección propias de la patria potestad, pero no todo incumplimiento de los citados deberes implica una situación penalmente típica de abandono²⁷.

Véase el AAP Salamanca 27 marzo 2018 (EDJ 2018/87244).

MAGRO SERVET, V.: "Persecución penal del régimen de visitas", *Revista Derecho de Familia*, junio 2019.

STS 12 julio 2011 (EDJ 2011/147044).

Véase la STS 27 mayo 2009(EDJ 2009/120236).

Parece que la respuesta jurisprudencial es clara, pese a lo difuso de la norma, carácter propio de las normas penales en blanco o preceptos punitivos incompletos, que no insertan en su redacción parte de sus elementos típicos, por lo que han de verse completados con contenido de preceptos extrapenales que esclarezcan lo que debe entenderse, en este caso, por “deberes de asistencia inherentes a la patria potestad”.

4. El impago de pensiones del artículo 227 CP. ¿Qué sucede con el “principio de intervención mínima”?

Conforme venimos señalando, la despenalización de las conductas menos graves de incumplimientos de deberes familiares encontraba justificación en la necesaria coherencia del sistema sancionador en su conjunto, considerando que la corrección de estas infracciones era más adecuada en el Derecho de Familia, y más concretamente a través del art. 776 LEC. El legislador justifica así que el Estado sólo puede recurrir al Derecho Penal cuando un medio más leve no pueda asegurar el éxito suficiente, estando la pena a disposición tan sólo en última ratio, debiendo optar siempre por aquellas posibilidades de regulación válidas y menos drásticas, excluyendo en la medida de lo posible el empleo de sanciones jurídico-penales²⁸.

Sin embargo, el art. 227 CP tipifica como delito la actuación de quien “dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, etc...”. ¿Acaso no encuentra el impago de alimentos respuesta por la vía civil mediante la ejecución del ya citado art. 776 LEC?

La respuesta es afirmativa. Concretamente, el apartado 1º del citado artículo prevé el cumplimiento forzoso de las citadas obligaciones pecuniarias a través del embargo de los bienes que constituyan su patrimonio. Pero, además de lo anterior, penaliza la infracción por medio de la imposición de multas coercitivas, al igual que en caso del apartado 2º para el incumplimiento de los regímenes de visitas. ¿Qué diferencia atisba el legislador entre ambas conductas para vaciar de contenido penal las obstaculizaciones o impedimentos en las visitas y, sin embargo, mantener la tipificación en caso de impagos de obligaciones de carácter económico?

Como indicábamos, la previsión que ofrece la vía penal para el incumplimiento del régimen de visitas vía art. 556 requiere que la conducta revista determinados caracteres, de conformidad con lo anteriormente expuesto, que justifiquen que

Véase el AAP Madrid 20 julio 2017 (EDJ 2017/182928).

la jurisdicción civil no responde al problema. Consecuentemente, si extrapolamos este concepto y la teoría del legislador al ámbito de las obligaciones pecuniarias, parece lógico pensar que la respuesta penal al impago de pensiones únicamente habría de darse únicamente en aquellas situaciones de extrema gravedad y que no encuentren solución adecuada en la vía civil por medio de la ejecución forzosa, en aplicación del principio de intervención mínima, ya que de lo contrario carecería de sentido la justificación otorgada por el legislador para la despenalización de los citados incumplimientos de los deberes de guarda y custodia, al aseverar que la supresión de las citadas infracciones introduce coherencia en nuestro sistema jurídico. Pero este esquema presenta importantes escollos:

1º) El primero es que se produce una desigualdad manifiesta entre dos obligaciones familiares: el deber de prestar alimentos y el derecho de los hijos de relacionarse con ambos progenitores, ambos inherentes al principio de protección del interés superior del menor.

2º) No existe una pauta definida sobre qué ha de considerarse incumplimiento reiterado, grave, persistente, tenaz, perseverante, firme y constante. De lo contrario, la delimitación temporal en el impago de pensiones es clara en nuestro Código Penal.

3º) La necesidad de que exista un requerimiento previo al sujeto infractor para consumir el delito de desobediencia del art. 556 supone una barrera añadida al ya difícil acceso a la vía penal por el incumplimiento de los regímenes de visitas, que se añade al agotamiento previo de la jurisdicción civil.

4º) A diferencia de lo que sucede con el régimen de visitas, el impago de la pensión de alimentos encuentra doble respuesta²⁹ (vía civil y penal) a elección de progenitor custodio, quien podrá decidir cualquiera de los dos caminos. Por tanto, no responde a la finalidad del legislador en aplicación del principio de intervención mínima.

5º) Por último, la tutela de los derechos del progenitor no custodio no ha de entenderse garantizada en comparativa con los del custodio, para quien resulta más sencillo salir impune de sus infracciones.

En el momento en que el obligado a prestar alimentos incumpliera dos meses consecutivos, o cuatro no consecutivos, se abriría la vía penal para el progenitor custodio. Por tanto, la única limitación para el acceso la encontraría en caso de que tan sólo existiera impago en una mensualidad, ya que a partir de entonces la conducta quedaría subsumida en el tipo del art. 227 CP.

IV. CONCLUSIONES.

I. La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha dejado vacío de contenido las infracciones de los regímenes de visitas mediante la total despenalización de los incumplimientos leves en esta materia. La supresión de las mismas pretende (pero no consigue) introducir coherencia a nuestro sistema sancionador en su conjunto obedeciendo al carácter subsidiario del Derecho Penal, cuyo objetivo es tutelar cualificadamente los bienes jurídicos en aquellos casos en que la utilización de otros procedimientos resulte insuficiente para solventar el conflicto.

II. La reforma legislativa no responde adecuadamente a las complejas situaciones existentes en la práctica. Si bien desde el punto de vista jurídico opera en consonancia con el principio de intervención mínima, cuya función se extiende únicamente a las intolerables agresiones contra bienes jurídicos esenciales, en la práctica presenta importantes problemas de aplicación, lo que dificulta la pretendida protección de los mismos.

III. La necesidad de agotar previamente la vía civil mediante el cauce de la ejecución forzosa de resoluciones judiciales, así como del procedimiento de modificación de medidas paterno filiales, dilata injustificada y deliberadamente el derecho del progenitor no custodio de relacionarse con sus hijos en aquellas situaciones en que los incumplimientos son reiterados y totales. En la mayoría de los casos, los menores se encuentran privados de la compañía de uno de los progenitores largas temporadas, lo que provoca un inevitable desapego en momentos determinantes de su evolución y desarrollo. Se contraviene, pues, el principio de protección del interés superior del menor.

IV. Si bien es cierto que la Ley de Jurisdicción Voluntaria prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares urgentes al amparo del art. 158 CC a efectos de remover los obstáculos que hagan ineficaz el cumplimiento del régimen de visitas acordado judicialmente, parece que en la actualidad los tribunales se muestran bastante reacios a la utilización de esta vía, considerando que este precepto tiene cabida en aquellos supuestos en los que el carácter de urgencia justifique la adopción de las mismas, instando al perjudicado que acuda bien al procedimiento de modificación de medidas bien a la ejecución de sentencia a fin de obtener el amparo requerido.

V. La única vía existente tras la reforma del año 2015 para la persecución penal del incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor custodio es la del art. 556, para cuya consumación han de concurrir determinados requisitos que, en conjunto, sean susceptibles de ser considerados un delito de desobediencia a la autoridad judicial. La dificultad es añadida si tenemos en cuenta que la citada

tipificación constituye una "norma penal en blanco", lo que determina su carácter, de por sí, difuso, y la necesidad de complemento extrapenal que fije si la conducta puede subsumirse en el tipo.

VI. A diferencia de los incumplimientos del régimen de visitas, la reforma introducida por la citada LO 1/2015 mantiene intacta la tipificación de los impagos de las prestaciones alimenticias, lo que produce una inevitable sensación de fraude o, al menos, de insatisfacción ante la disparidad comparativa entre ambas obligaciones familiares si tenemos en cuenta que el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias también encuentra respuesta en la vía civil por medio de la ejecución de alimentos, igualmente con previsión sancionadora mediante multas coercitivas para el caso de ser necesario.

BIBLIOGRAFÍA

HERRANZ GONZÁLEZ, A.: "Repercusión de los incumplimientos sobre guarda y custodia tras la reforma del Código Penal", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3-3, pp. 104-119.

MAGRO SERVET, V.: "Persecución penal del régimen de visitas", *Revista Derecho de Familia*, junio 2019.

MARTÍN GONZÁLEZ, E., DEL ÁLAMO GUTIÉRREZ, C., y GONZÁLEZ CORCHUELO, C.: "Mediación familiar intrajudicial: reflexiones y propuestas desde la práctica", *Revista de mediación*, 2009, núm.3, pp. 6-15.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "Posibles consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio", *Tribuna*, IDIBE, 21 mayo 2019. <https://idibe.org/tribuna/posibles-consecuencias-del-incumplimiento-del-regimen-visitas-parte-del-progenitor-custodio/>

PRADO, L.: "Abogados a odiar a uno de sus padres", *20 Minutos*, núm. 4.315, 2019, p. 12.

ZARRALUQUI, L. [et al]: *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, Madrid, 2002, p.63.

