

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXIX

Núm. 2.177

Abril de 2015



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

www.mjusticia.es/bmj

Enlaces

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

Contacto

Contacto Boletín

Edita

Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

Maquetación

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ISSN

1989-4767

NIPO

051-15-001-5

Depósito Legal

M.883-1958

DIRECTOR
D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO
D. Máximo Juan Pérez García
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

AÑO LXIX • ABRIL 2015 • NÚM. 2.177

SECCIÓN DOCTRINAL

Estudio doctrinal

—*Consecuencias penales y civiles derivadas del incumplimiento por uno de los progenitores del régimen de relaciones personales con sus descendientes*

Recensión

—*Las diligencias de investigación fiscal*

Consecuencias penales y civiles derivadas del incumplimiento por uno de los progenitores del régimen de relaciones personales con sus descendientes (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 19 de Madrid de 24 de octubre de 2014)

ANA MARÍA COLÁS ESCANDÓN

Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen.

A propósito de la condena penal de un padre por no permitir a la madre de un menor ejercer el régimen de relaciones personales con su hijo fijado por el juez, se efectúa un estudio de las consecuencias penales y civiles que pueden derivarse de la infracción por alguno de los progenitores del comúnmente denominado “derecho de visita”, haciendo una especial referencia a la transcendencia que ha tener en este punto la voluntad del propio menor, así como a la posible indemnización de los daños morales causados.

Abstract.

With regard to the criminal conviction of a father by not allowing the mother of a minor exercise regime of personal relations with her son set by the judge, is carried out a study of the criminal and civil consequences that may arise from the infringement by any of the parents of the commonly known as the “right of visits”, with a special reference to the importance that has to be at this point the will of the child and the possible compensation for moral damage caused.

Palabras clave.

Derecho de visita, patria potestad, guarda y custodia, interés del menor, desobediencia, incumplimiento de obligaciones familiares, voluntad del menor, daño moral.

Key words.

Right of visits, paternal authority, care and custody, the best interest of the child, disobedience, breach of family obligations, will of the child, moral damage.

* Fecha de recepción: 5-3-2015. Fecha de aceptación: 16-3-2015.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

1. Precisión terminológica: derecho de visita versus derecho a las relaciones personales.
2. El derecho-deber a las relaciones personales como parte integrante de la patria potestad sobre los menores.
 - 2.a. Naturaleza jurídica y origen del derecho a las relaciones personales con los hijos.
 - 2.b. Beneficiario último de este derecho.
 - 2.c. Extensión del derecho a las relaciones personales.
 - 2.d. Titulares del derecho a las relaciones personales entre los progenitores y sus hijos.
3. Incumplimiento del derecho-deber a las relaciones personales entre los progenitores y sus hijos.

II. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 19 DE MADRID, de 24 de octubre de 2014.

1. Supuesto de hecho enjuiciado.
2. Resolución adoptada por el Juzgado de Instrucción.

III. CONSECUENCIAS PENALES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES CON SUS HIJOS POR PARTE DE UNO DE LOS PROGENITORES.

1. Tipos penales en los que podría encuadrarse el incumplimiento por uno de los progenitores del régimen de relaciones personales.
 - 1.a. Delito de abandono de familia.
 - 1.b. Falta de desobediencia leve o grave.
 - 1.c. Quebrantamiento de resolución judicial sobre guarda y custodia de un menor.
 - 1.c.1. Sujeto activo del tipo.
 - 1.d. Incumplimiento de obligaciones familiares.
 - 1.d.1. Antecedentes legislativos del precepto.
 - 1.d.2. Bien jurídico protegido.
 - 1.d.3. Sujeto activo del tipo penal.
 - 1.d.4. Presupuestos necesarios para la aplicación del precepto.

2. Órgano competente para enjuiciar las demandas penales basadas en el incumplimiento del régimen de relaciones personales.

3. Relevancia en el proceso penal sobre el incumplimiento del régimen de relaciones personales de la alegación de la falta de deseo del menor de relacionarse con su progenitor.

IV. CONSECUENCIAS CIVILES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES CON SUS HIJOS POR PARTE DE UNO DE LOS PROGENITORES.

1. Posibilidades civiles de actuación ante el incumplimiento injustificado por alguno de los progenitores del régimen de relaciones personales fijado judicialmente.

1.a. Interponer una demanda de ejecución de Sentencia.

1.b. Interponer una demanda de ejecución de Sentencia y solicitar la fijación por los Tribunales de una multa coercitiva.

1.c. Interponer una demanda de modificación de régimen de guarda y custodia.

1.d. ¿Solicitar la suspensión del pago de alimentos?

1.e. ¿Solicitar la privación de la patria potestad?

2. Relevancia en el proceso civil sobre el incumplimiento del régimen de relaciones personales de la alegación de la falta de deseo del menor de relacionarse con su progenitor.

2.a. Justificación de la negativa.

2.a.1. Negativa justificada.

2.a.2. Supuestos en los que la negativa del menor no tiene una causa que pueda considerarse justificada.

2.b. Trascendencia de la edad del menor.

3. Posibilidad de indemnización del daño moral sufrido como consecuencia del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre padres e hijos.

V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 19 de Madrid, con fecha 24 de octubre de 2014, resolviendo un juicio de faltas promovido por incumplimiento de las obligaciones familiares, al negarse el progenitor custodio de un menor a que éste se relacionase con su madre, a pesar de haberse establecido judicialmente un régimen de relaciones personales entre ambos, nos ofrece la posibilidad de adentrarnos en el estudio de las consecuencias, civiles y penales, derivadas del incumplimiento de lo que comúnmente se denomina “derecho de visitas” de los progenitores.

Esta sentencia nos brinda la oportunidad de efectuar una breve reflexión acerca de las consecuencias jurídicas, civiles y penales, que podrían derivarse del incumplimiento por alguno de los progenitores del régimen de visitas de sus hijos, y todo ello precisamente con ocasión de un pronunciamiento reciente de nuestros Tribunales a este respecto, en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid n.º 19, de 24 de octubre de 2014. A tal fin, realizaré en primer lugar unas precisiones terminológicas acerca del denominado comúnmente “derecho de visita”; en segundo término, efectuaré un breve resumen de los hechos enjuiciados por esta sentencia, así como de la resolución adoptada por el Juzgado; a continuación esbozaré las consecuencias penales del incumplimiento del régimen de visitas; y, finalmente, dada la naturaleza civil del derecho vulnerado y su incardinación dentro del Derecho de familia, me centraré en las consecuencias de carácter civil que pueda llevar aparejado dicho incumplimiento, así como en la relevancia que pueda tener la negativa del propio menor a relacionarse con alguno de sus progenitores.

1. Precisión terminológica: derecho de visita *versus* derecho a las relaciones personales

La gran mayoría de los autores que han estudiado esta cuestión, así como nuestros Tribunales, suelen denominar el derecho que aquí analizamos como “derecho de visita”, si bien algunos de ellos parten de la diferenciación entre un sentido amplio y un sentido estricto de esta calificación. Siguiendo con esta línea de pensamiento, el derecho de visita en sentido amplio comprendería todos los tipos posibles de relación personal entre un padre y su hijo –correspondencia, visita, pernocta del hijo en el domicilio del progenitor no custodio¹; mientras que en sentido estricto, aludiría concretamente a las visitas entre padres e hijos.

Sin embargo, no soy partidaria de esta terminología, sino precisamente de la adoptada por el legislador en la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, al modificar el art. 160 CC: “derecho a las relaciones personales”². Y ello por una razón fundamental: puede inducirnos a confusión respecto al concreto contenido del derecho. “Visitar”, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa: “*Ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo*”. Por el contrario, la “relación” implica la “*Conexión, correspondencia, trato, comunicación de alguien con otra persona*”.

¹ Aplicando a las relaciones personales entre padres e hijos lo que se sostiene por los autores en cuanto a la terminología a utilizar respecto de las relaciones personales entre abuelos y nietos. En este sentido se pronuncian, DÍAZ ALABART, “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados”. *RDP*, mayo-junio 2003, p.352; o TORRES PEREA, “El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos”. *Diario La Ley* (digital), año XXI, núm. 5296, 26 de abril de 2001 (doctrina), pp. 1 y 9.

² Tal y como ya tuve ocasión de señalar COLÁS ESCANDÓN, Relaciones personales de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre). Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 39 y 40.

De acuerdo con lo anterior, el derecho de visita, como de su propio nombre se infiere, otorgaría a los padres simplemente la posibilidad de visitar a sus hijos en el lugar en el que éstos residan, pero no les facultaría para que los menores pernoctaran en su casa, o para algo tan simple como poder llamarles por teléfono, escribirles una carta, o enviarles un e-mail; sin embargo, si hablamos de relaciones personales, el abanico de posibilidades que se abre para los progenitores es mucho más amplio, incluyendo todos los supuestos anteriormente mencionados.

Apoya la tesis sostenida el hecho de que esta diferente terminología es también utilizada por nuestro Código Civil al regular las relaciones personales entre ascendientes y descendientes en general. Así, en los arts. 90 y 94 CC, se distingue entre derecho de visitas y derecho de comunicación; en el art. 160 CC se establece un derecho a las relaciones personales; y, finalmente, en el art. 161 CC se distingue entre el derecho de los padres, abuelos y parientes a visitar al menor acogido y el derecho a relacionarse con él.

2. El derecho-deber a las relaciones personales como parte integrante de la patria potestad sobre los menores

Los arts. 94³ y 160⁴ CC, al regular los derechos y facultades inherentes a la patria potestad, establecen que los padres, como titulares de la misma, ostenten o no además la guardia y custodia del menor, tienen el derecho, y también el deber, de relacionarse y gozar de la compañía de sus hijos⁵.

Como señala GAYA⁶, la patria potestad es un poder general de tuición que la Ley reconoce a los padres sobre los hijos menores no emancipados o incapacitados (arts. 111, 154 y 171 CC). Es una potestad o función en cuanto que los derechos o facultades que la integran se atribuyen a sus titulares, no para que los ejerzan en su propio interés, sino para que los actúen en interés y beneficio de los hijos sometidos a ella. La existencia de los derechos o facultades se justifica, así, por el ejercicio de la función. Los deberes y facultades que a los padres competen en la esfera personal del menor se relacionan en el art. 154.2.º CC: “*velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*”.

Cuando los progenitores de un menor deciden poner fin a su convivencia –matrimonial o de hecho– la guarda y custodia de los hijos que tengan será atribuida a uno de ellos. Ahora bien, eso no implica que el otro progenitor no tenga derecho a relacionarse con sus descendientes, sino más bien al contrario, salvo que exista una causa que lo justifique, no sólo tiene el derecho, sino también la obligación de relacionarse con su hijo. El derecho de visitas en su vertiente de estancia o comunicación del hijo menor con el progenitor no custodio constituye un instrumento esencial de relación, convivencia y transmisión e intercambio de afectos entre el hijo o hijos y el

³ Art. 94 pf. 1º CC: “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

⁴ Art. 160 pf. 1º CC: “El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial”.

⁵ Así se desprende igualmente del art. 39.3 CE, al prescribir que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; o del art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que regula el derecho de todos los menores a mantener relaciones personales de forma periódica con ambos progenitores, salvo si ello fuera contrario a sus intereses.

⁶ GAYA SICILIA, “El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos”. ADC, TLV, fasc. I, enero-marzo 2002, p. 94.

padre o la madre con el que no convivan habitualmente. Así, su finalidad no es otra que cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos, en aras a un desarrollo armónico y equilibrado de los mismos, ponderando su integración familiar y social⁷. No representa un propio y verdadero derecho, sino un complejo derecho-deber cuyo ejercicio persigue como finalidad primordial satisfacer las necesidades afectivas y educacionales de los hijos, procurando el desarrollo integral de la personalidad del menor, así como su estabilidad emocional y afectiva, por lo que la satisfacción de los deseos del progenitor de relacionarse con su hijo pueden verse restringidos o suspendidos cuando concurren causas objetivas que así lo aconsejen, en interés del menor, valoradas judicialmente con el apoyo de especialistas en la materia.

Para una mejor comprensión de este derecho-deber, que nos permita valorar después adecuadamente las consecuencias de su vulneración, creo preciso realizar en esta introducción unas breves reflexiones en cuanto a sus aspectos más importantes:

2.a. Naturaleza jurídica y origen del derecho a las relaciones personales con los hijos.

El derecho de los padres a relacionarse personalmente con sus hijos tiene naturaleza de derecho-deber o derecho-función. No obstante, encontramos aquí una discusión doctrinal acerca de su origen.

* Para la mayoría de los autores⁸, deriva de la patria potestad y de la obligación de tener a los hijos en su compañía, lo que se convierte también en derecho de visita si no viven juntos; a su juicio, estamos ante una manifestación de la patria potestad, un cauce para que el progenitor que no convive con su hijo, pueda continuar con el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, merced a una desmembración del derecho de guarda y custodia y el derecho de visita, para lograr que el progenitor no titular de aquélla siga pudiendo ejercer el derecho-deber de vigilar y educar a los hijos con los que no convive en los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, o ruptura de una pareja de hecho. Siguiendo esta tesis GARCÍA PASTOR⁹ afirma que el verdadero fundamento del derecho de visita de los padres está en el art. 154 CC que reconoce la patria potestad a aquéllos y como parte de la misma su derecho-deber a tener al hijo en su compañía; se trata así de un sustituto de la convivencia entre el progenitor y el hijo cuando ésta es imposible, manteniendo o estableciendo a través de las visitas una fuerte relación afectiva y la participación de cada uno en la vida del otro. Es, en suma, un instrumento necesario para mantener una verdadera relación paterno-filial entre el hijo y el progenitor con el que no convive.

Ésta es también la tesis adoptada en muchos casos por nuestros Tribunales. Así la SAP de Burgos de 10 de abril de 2000¹⁰ en su Fundamento de Derecho Tercero señala: "*Este derecho de visita, no solo descansa en el cariño mutuo y la necesidad afectiva o la conveniencia educacional para el niño sino que también encuentra su apoyo en algo tan importante como es el ejercicio de la patria potestad*".

⁷ SAP de Córdoba de 13 de marzo de 2002 (JUR 2002, 118983).

⁸ Por ejemplo, VERDERA IZQUIERDO, "Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados". Diario La Ley (digital), año XXIII, núm. 5669, 4 de diciembre de 2002 (doctrina), pág. 149.

⁹ GARCÍA PASTOR, "El derecho de visita en circunstancias excepcionales. (SSTS de 22 de mayo y 21 de julio de 1993)". Act. Civ., 1995-4, pp. 762 a 765.

¹⁰ SAP de Burgos de 10 de abril de 2000 (JUR 2000, 141670).

* Sin embargo para otro sector de la doctrina, como RIVERO¹¹, ECHARTE¹², PONS, o DEL ARCO¹³, se trata de un derecho autónomo, si bien estrechamente relacionado con otras obligaciones derivadas de las relaciones paterno-filiales (no de la patria potestad), como son la de velar por los hijos y procurarles una formación integral. Este derecho-deber de los padres de mantener relaciones personales con los hijos con los que no convive, sea por haber sido privados de la patria potestad, o por encontrarse inmersos en un proceso de crisis de pareja, es concebido como un medio o instrumento para cumplir otras obligaciones (las de velar y educar, en sentido amplio, a los hijos), amén de un fin en sí mismo, en cuanto contribuye al desarrollo psíquico-afectivo y de la personalidad del hijo.

Siguiendo, en parte, esta tesis, ROCA¹⁴ afirma que el derecho de los progenitores vendría a constituir un aspecto más concreto de un derecho general de comunicación entre parientes. Para esta autora el “derecho de visita” se basa en el parentesco y se desglosa en un derecho amplio reconocido a los parientes en el art. 160 pf. 2.º CC y uno más limitado a ciertas situaciones de crisis matrimonial, previsto en los arts. 94 y 161 pf. 1.º CC.

En este sentido la STS de 19 de octubre de 1992¹⁵ en su Fundamento de Derecho Segundo indica que: *“tal derecho de visitas –el del progenitor no custodio con su descendiente– constituye continuación o reanudación de la relación paterno filial, «evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos»”*.

Y parece adoptar también esta tesis la SAP de Huesca de 13 de junio de 1992¹⁶, al señalar, en su Fundamento de Derecho Segundo: *“El denominado «derecho de visita» que el art. 94 del Código Civil reconoce en favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad o incapacitados, como consecuencia de lo acordado en la sentencia de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, y que tiene como contenido tanto la visita propiamente dicha, como la comunicación y la convivencia con aquéllos, se fundamenta en la relación jurídico-familiar preexistente entre aquél y sus mentados hijos, constituyendo un aspecto concreto, en caso de crisis del matrimonio, del derecho más general de comunicación entre parientes recogido en el art. 160 de dicho Código”*.

Afirman los seguidores de esta segunda teoría, que si no se tratara de un derecho independiente de la patria potestad no se explicaría la razón por la que los progenitores pueden ser privados de aquélla y, sin embargo, continuar gozando del derecho de visita de sus hijos (como acontece *v.gr.* en la STS de 30 de abril de 1991¹⁷); o el motivo por el cual puede suspenderse, limitarse o modificarse el derecho de visita, sin que la patria potestad se altere a su vez. En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹⁸ afirma que cuando se trata de los progenitores, el derecho de visitas

¹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, El derecho de visita. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 390 y 391.

¹² ECHARTE FELIU, Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial. Comares, Granada, 2000, p. 114.

¹³ PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES, Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico. (Teoría, praxis judicial y formularios). Comares, Granada, 2002, pág. 319.

¹⁴ ROCA TRÍAS, “Comentario al artículo 94 del Código Civil”. Comentarios del Código Civil, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, T-I, p. 394.

¹⁵ STS de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8083).

¹⁶ SAP Huesca de 13 de junio de 1992 (AC 1992, 877).

¹⁷ STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991, 3108).

¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “El derecho de visitas en la reciente praxis judicial”. AC, 1994, vol.1, pp.146, 149 y 150.

es independiente de la atribución del ejercicio de la patria potestad; es también independiente de su titularidad: que uno de los progenitores haya sido privado de la patria potestad no quiere decir que haya perdido simultáneamente el derecho a relacionarse con sus hijos; dicho de otra forma, la privación en beneficio del hijo, de la patria potestad no entraña también, en beneficio del hijo, la pérdida del derecho de visita. En todo caso, la misma causa que ha motivado la privación de la patria potestad, puede justificar la supresión o suspensión de este derecho, pero tras haber sido objeto la cuestión de una consideración autónoma, y de un juicio acerca de la conveniencia o no para el hijo del mantenimiento de esas relaciones¹⁹.

2.b. Beneficiario último de este derecho.

Los beneficiarios del derecho a las relaciones personales entre padres e hijos, son, obviamente los progenitores y, sobre todo, el propio menor²⁰.

Cualquier decisión, judicial o extrajudicial, que se adopte en la materia que analizamos debe de estar presidida por el principio de protección del interés del hijo (menor o incapacitado) –*tout pour l'enfant*–. Como ya se ha indicado, el derecho a relacionarse con los hijos, no sólo se proclama por la Ley a favor de los progenitores, sino sobre todo, en aplicación del principio de *favor filii*, en beneficio de los menores, al considerar que el adecuado y pleno desarrollo de la personalidad del menor exige las relaciones personales con sus progenitores²¹. Cualquier decisión que se adopte en esta materia debe estar presidida por esta idea y es precisamente ésta la razón por la que sólo se niega o restringe el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos en casos justificados y graves. Igualmente hay que constatar que la relación personal entre un progenitor y su hijo, al constituir un elemento fundamental de la vida familiar, aunque haya cesado la convivencia entre sus progenitores, no debe ser impedida por los ordenamientos estatales, pues esta obstaculización de las relaciones paterno-filiales vulnera el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²². En suma, de lo que se trata es de proteger a los menores dado que,

¹⁹ STS de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8083).

²⁰ ROMERO COLOMA, “El cambio de lugar de residencia del hijo menor de edad y su problemática jurídica”. Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 11/2014 (digital), parte Estudio, p. 4, constata que la patria potestad se concibe por nuestros Tribunales como una función al servicio de los hijos, dirigida a prestarles asistencia de todo orden, por lo que cualquier medida que se adopte, debe hacerse considerando primordialmente el interés superior del hijo.

²¹ Así, en el punto que aquí nos interesa, en los arts. 5, 8, 9, 18, 20 o 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 expresamente se señala la obligación de defender el interés superior del niño, frente a cualquier otro interés presente, al adoptar cualquier tipo de decisión sobre separación del niño de sus padres, responsabilidad de los padres en la crianza y desarrollo del niño, o en materia de adopción, estableciéndose además el deber de los Estados de respetar el papel de los miembros de la familia ampliada y de tener en cuenta el derecho del niño a las relaciones familiares. Y en el mismo sentido se pronuncian el art. 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992, o el art. 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 176/2008, de [22 diciembre \(RTC 2008, 176\)](#) indicó que “en materia de relaciones paterno filiales (...) el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (...) El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”.

²² STEDH de 13 de julio de 2000 (TEDH/2000/152).

como afirma CAMPS²³, la infancia es una etapa en el desarrollo del ser humano caracterizada por una gran vulnerabilidad e indefensión y al mismo tiempo resulta ser un periodo esencial para el desarrollo tanto físico como intelectual o emocional del individuo, de ahí que se requiera una atención privilegiada a las particulares necesidades del niño.

2.c. Extensión del derecho a las relaciones personales.

El derecho a las relaciones personales entre los progenitores y sus hijos incluye todo tipo de contacto: visitas periódicas sin pernocta, comunicaciones por cualquier vía (telefónica, postal, e-mail, video conferencia, etc.) o estancia y pernocta durante el tiempo estipulado.

2.d. Titulares del derecho a las relaciones personales entre los progenitores y sus hijos.

Es obvio que la titularidad de tal derecho corresponderá a aquellos que ostenten la condición de padres de un menor, no sólo biológicos sino también adoptivos, así como al propio niño.

Pues bien, expuestos los caracteres más importantes de esta figura, debemos precisar ahora que en situaciones normales de pareja, el cumplimiento de este derecho-deber no genera ningún conflicto. Los problemas aparecen cuando sobreviene una crisis en la pareja, la convivencia se rompe y el juez decreta la guardia y custodia en favor de uno de los progenitores, estableciendo además cómo debe llevarse a cabo la relación del progenitor no custodio con sus hijos y fijando a tal efecto un régimen de relaciones personales con éstos. Como ya se ha indicado, dicho régimen, constituye también un derecho-deber para ambos progenitores y, concretamente para el progenitor custodio, implica el deber de colaborar en su desarrollo, facilitándolo y evitando obstáculos en su ejercicio, no pudiendo privar a los hijos de su derecho a relacionarse con el otro progenitor con el que no viven salvo que exista una causa justificada y acreditada ante el juez.

3. Incumplimiento del derecho-deber a las relaciones personales entre los progenitores y sus hijos

Desgraciadamente, cada vez con mayor frecuencia, asistimos en la actualidad al incumplimiento por parte de los progenitores del régimen de visitas fijado judicialmente respecto de sus descendientes, en los casos en los que se produce una crisis matrimonial o de pareja. Dicho incumplimiento puede deberse a diferentes factores, como la negativa de aquel al que se le haya atribuido judicialmente la guardia y custodia del menor a que éste se relacione con su otro progenitor (supuesto más frecuente en la práctica); la negativa del progenitor no custodio a relacionarse con su hijo en los periodos fijados por el juez a tal fin; e incluso, la propia negativa del menor a relacionarse con uno de sus progenitores.

Sea cual fuere la causa que origina el incumplimiento del régimen de visitas a un menor por alguno de sus progenitores, este hecho ha de conllevar consecuencias jurídicas, que en algunos casos finalizarán en el ámbito civil y en otros, podrán incluso extenderse al ámbito penal. Y ello ha de ser así, porque se están conculcando dos derechos importantes: por un lado el derecho reconocido por el Código Civil a los progenitores a comunicarse y tener relación con sus hijos, incluso en los supuestos en los que no gocen de su guarda y custodia; y por otro el derecho de los hijos a relacionarse, comunicarse y estar en compañía de ambos progenitores.

²³ CAMPS MIRABET, "El principio del interés superior del niño y el protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados", Los derechos del niño. Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los derechos del niño (AA.VV), Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, p. 253.

II. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 19 DE MADRID, DE 24 DE OCTUBRE DE 2014

1. Supuesto de hecho enjuiciado

En una sentencia dictada en el mes de junio de 2012 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 10 de Madrid se decretó que la guarda y custodia de un menor de 13 años fuera atribuida a su padre, estableciéndose un régimen de relaciones personales bastante amplio en favor de la madre.

En el mes de julio de 2014, el progenitor decidió no entregar el niño a su madre para que ésta pudiese hacer uso del régimen de relaciones personales con su hijo decretado judicialmente, alegando que lo hacía porque el menor no quería ir con su madre. A instancia de la progenitora, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer requirió al padre para que cumpliera lo dictado en la sentencia, pero ante la persistencia en el incumplimiento por parte de éste, la progenitora interpuso una demanda de juicio de faltas por desobediencia.

2. Resolución adoptada por el Juzgado de Instrucción

El Juzgado de Instrucción núm. 19 de Madrid entiende que los hechos declarados y probados en el proceso, son constitutivos de la falta prevista y penada por el art. 618.2 CP, afirmando que a través de esta vía se castigan los incumplimientos de menor gravedad de las obligaciones derivadas de una situación de crisis de pareja, en especial en relación con las obligaciones y derechos de ambas partes con respecto a los hijos menores de edad, sin que quepa duda –afirma el juez– de que debe incluirse en su ámbito objetivo el incumplimiento del régimen de visitas, ya que tras la redacción dada al precepto por la Ley 15/2003, el nuevo tipo penal castiga cualquier incumplimiento de las obligaciones familiares judicialmente acordadas y, entre ellas, no cabe duda alguna de que debe incluirse el cumplimiento del régimen de visitas establecido en favor del otro progenitor.

Partiendo de la base de que el régimen de visitas constituye un auténtico derecho del menor, que ambos progenitores están obligados a cumplir en beneficio del mismo, mientras él no pueda decidir libremente, entiende la juez, que el hecho de que el niño no quiera ver a su madre no exime de responsabilidad al padre, ya que con 13 años no tiene aún edad suficiente como para valorar si quiere o no estar con su progenitora; igual que el menor no puede incumplir la obligación de ir al colegio, tampoco puede incumplir el régimen de visitas y las mismas medidas que el padre adoptaría en el primer caso, debería tomar también en el segundo.

Se afirma además en esta Sentencia, que la obligación de cumplir el régimen de visitas se ha impuesto al padre como titular de la custodia del menor y en consecuencia, es él el que debe adoptar todas las medidas necesarias para que el menor sea entregado a su madre en los momentos estipulados en la sentencia, hasta que el niño sea mayor de edad, o bien hasta que se produzca judicialmente un cambio en el régimen de visitas establecido.

Tiene igualmente relevancia para este caso el hecho de que la conducta incumplidora del padre sea reiterada, ya que había sido denunciado y condenado por la misma infracción anteriormente en el mes de abril del mismo año.

Al entender que la conducta del progenitor encaja en el tipo penal regulado por el art. 618.2 CP, la jueza le condena al pago de una pena de multa de 20 días a razón de 6 euros por día, con responsabilidad penal subsidiaria de un día de privación de libertad, por cada 2 días de multa impagados, así como al abono de las costas procesales.

III. CONSECUENCIAS PENALES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES CON SUS HIJOS POR PARTE DE UNO DE LOS PROGENITORES

Cuando, como en el caso objeto de la sentencia que acabo de exponer, alguno de los progenitores de un menor impide sin causa justificada al otro relacionarse con su hijo, o bien cuando lo que acontece es que es uno de los progenitores el que, por voluntad propia, decide no relacionarse con su descendiente a pesar de haberse fijado judicialmente un derecho de visita, estancia y/o comunicación con el mismo, este comportamiento puede originar responsabilidad tanto en el ámbito civil –al que aludiré en páginas sucesivas–, como en el penal²⁴.

Respecto a las consecuencias penales, lo primero que debo expresar es que no puede obviarse en este punto que el interés fundamental que estamos tratando de proteger a través del establecimiento de un régimen de relaciones personales de los menores con sus progenitores, no es sino el interés del propio menor y en la mayoría de las ocasiones puede ser contrario a dicho interés verse involucrado en un proceso penal. Por ello, entiendo que sólo debería acudir a la vía penal en los supuestos más graves²⁵.

Como señala DE PABLO²⁶ cada día es más frecuente observar cómo las crisis familiares, sus consecuencias y efectos, derivan en un procedimiento penal; pese a que la tendencia de la doctrina es la de despenalizar determinados delitos para subsumirlos en incumplimientos del ámbito civil, han aumentado sin embargo considerablemente los procedimientos penales por malos tratos, impago de pensiones e incumplimiento del régimen de visitas entre otros. Consciente de tal realidad el legislador introdujo en el Código Penal de 1995, el Título XII, relativo a los Delitos contra las Relaciones Familiares, agrupando los delitos cuyo bien jurídico protegido es el mismo y prestando especial atención a los miembros más desfavorecidos de la familia, siguiendo el mandato establecido en el art. 39 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar la protección integral de la familia. Aunque los tipos penales que incluye, al menos gran parte de ellos, tenían ya encaje en el anterior Código Penal de 1973, éstos se hallaban de forma dispersa y en distintos títulos y capítulos del Cuerpo Legal. En la actualidad, el entramado de derechos y deberes relativo al ámbito del Derecho privado pasa a estar protegido uniformemente por el derecho penal. Pero –continúa diciendo DE PABLO– no se han incluido o recogido todos, o al menos uno de los más importantes problemas suscitados en las crisis familiares, y nos referimos al incumplimiento del régimen de visitas tanto del progenitor que ostenta la guarda y custodia frente al que tiene derecho a estar en compañía de sus hijos establecido bien en

²⁴ Como indica CASADO CASADO, “El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal”. RDF (digital), n.º 62, enero-marzo, 2014, se han criminalizado los deberes familiares para favorecer la protección del interés del menor.

²⁵ En este sentido se manifiesta también SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión”. AC, 1999-1, p. 317, quien al analizar las consecuencias derivadas de la sustracción de menores por el progenitor no custodio, afirma que el tratamiento penal en las cuestiones familiares relacionadas con menores, sólo es aconsejable cuando intervienen elementos o terceras personas con intereses ajenos al ámbito familiar.

²⁶ DE PABLO MURILLO, “El incumplimiento del régimen de visitas en el ámbito penal”. Aranzadi Penal, 2002, pp. 32 y 33.

el convenio regulador de sus relaciones paterno-filiales homologado por Sentencia Judicial, o bien por sentencia derivada de un procedimiento matrimonial o familiar contencioso, como al incumplimiento de este último cuando no ejercita su derecho de visitas. Por el contrario se ha introducido un precepto, apoderarse de un menor o no restituirlo a quien tiene encomendada la guarda y custodia, el art. 622 CP, cuya necesidad es cuando menos dudosa –a juicio de este autor–.

Como tendremos ocasión de comprobar, parte de las críticas efectuadas por este autor, han de verse reducidas gracias a las reformas que ha ido sufriendo en los últimos años el Código Penal español.

No obstante, sí que debo precisar aquí que, a pesar de que en muchos casos en la práctica sea apreciada por los Tribunales responsabilidad penal en el progenitor incumplidor del régimen de relaciones personales, la condena –que normalmente como veremos será una multa pecuniaria– no resarce los daños ocasionados ni al otro progenitor ni al propio menor, que se han visto privados de su mutua compañía durante periodos de tiempo que son ya irremplazables²⁷. Estos daños, podrán obtener su indemnización en la vía civil.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar el hecho de que algunas sentencias de nuestras Audiencias se muestran reacias a admitir que el incumplimiento del régimen de relaciones personales deba tener consecuencias en el ámbito penal, entendiendo que las mismas deben circunscribirse al ámbito civil. En este sentido, la SAP de Toledo (secc.1.ª) de 4 de septiembre de 2013²⁸, constata la existencia de dos líneas de interpretación adoptadas por nuestros Tribunales en este punto. Una de ellas que sostiene que la comunicación y visitas de los hijos con el progenitor no custodio no es solo un derecho de éste sino también de aquéllos, de suerte que ese derecho del padre o madre deviene en deber, por tanto obligación que quedaría abarcada concretamente en el tipo penal del art. 618.2. La segunda línea interpretativa considera que aun cuando ciertamente la comunicación y las visitas son un derecho-deber de ambos progenitores, sin embargo lo son sólo en la esfera civil, por lo que ha de ser en aquel ámbito en donde se resuelvan las cuestiones atinentes al cumplimiento o no y ello porque el Derecho penal no es tributario de otros órdenes a la hora de establecer su categorías dogmáticas y cuando el art. 618 CP habla de “obligaciones familiares” han de ser las que sin género de dudas tienen eficacia en todos los órdenes y ámbitos. Afirma la Audiencia que las relaciones paterno filiales están cargadas de un elemento de afecto, de amor entre padre e hijo y que es ese sentimiento el que justifica el que se mantengan las relaciones, desde luego lo más fluidas y cordiales posibles. Por ello cuando el afecto hacia el hijo no existe, o no hasta el punto de dedicar el progenitor tiempo al mantenimiento de esa relación, y es ello lo que puede justificar el que no se cumpla con el régimen de visitas, no sólo resulta carente de sentido el mantener ese derecho-deber sino que incluso puede resultar contraproducente; y si esto es así en el plano material, el sostener, en el ámbito jurídico, que el incumplimiento del régimen de visitas constituye una infracción penal es tanto como condenar los sentimientos.

²⁷ En este sentido, BAUTISTA LÓPEZ, “Cómo resarcir los daños derivados del incumplimiento del régimen de visitas”. AJA núm. 852/2012 (digital) parte comentario, p. 1, afirma que las consecuencias previstas en el art. 618 CP son insuficientes para resarcir el perjuicio causado a un no custodio al que no se le han entregado los hijos menores en un periodo vacacional o un fin de semana normal en el que tenía programado un viaje, unos billetes comprados y un hotel pagado.

²⁸ SAP de Toledo (secc.1.ª) de 4 de septiembre de 2013 (ARP 2013\982).

1. Tipos penales en los que podría encuadrarse el incumplimiento por uno de los progenitores del régimen de relaciones personales

En lo atinente al incumplimiento del régimen de relaciones personales entre padres e hijos, se han previsto por el Código Penal español diferentes consecuencias:

1.a. Delito de abandono de familia.

El comportamiento descrito puede ser constitutivo de un delito de abandono de la familia del art. 226 CP, al prescribir que el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. Asimismo, el Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al progenitor incumplidor la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por un periodo de entre cuatro y diez años.

1.b. Falta de desobediencia leve o grave.

Puede también imputarse penalmente al progenitor incumplidor por una falta de desobediencia leve del art. 634 CP, el cual dispone que los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días.

Si la desobediencia puede ser calificada no como leve sino como grave, se podrá imputar al progenitor por un delito de desobediencia grave, tipificado en el art. 556 CP, al prescribir que los que se resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

1.c. Quebrantamiento de resolución judicial sobre guarda y custodia de un menor.

Podríamos también encontrarnos ante el tipo regulado por el art. 622 CP, por infracción de lo dispuesto en la resolución judicial que fija el régimen de custodia y de relaciones personales entre los progenitores y sus hijos²⁹. En concreto, el art. 622 CP dispone que los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares³⁰ 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.

Detengámonos por un momento en el análisis de algunos aspectos importantes del art. 622 CP.

1.c.1. Sujeto activo del tipo. Uno de los problemas interpretativos más importantes que plantea este precepto es discernir quién puede ser el sujeto activo de la conducta que se tipifica. En otras palabras, debemos plantearnos si encajarían dentro de este tipo penal las conductas obstaculizadoras del régimen de relaciones personales llevadas a cabo tanto por el progenitor custodio, como por el propio progenitor no custodio. A este respecto, encontramos tres interpretaciones contrapuestas del art. 622 CP.

Por un lado, aquellos que sostienen que sólo puede incurrir en el supuesto de hecho regulado por el precepto que analizamos el progenitor custodio que impide al otro progenitor relacionarse

²⁹ Este precepto fue redactado por el art. 4 de la Ley 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

³⁰ Se alude fundamentalmente por el legislador al delito de sustracción de menores del art. 225 bis CP.

con su hijo en los términos establecidos en la resolución judicial que fija el régimen de relaciones personales. De acuerdo con esta interpretación, no podrá aplicarse el art. 622 CP cuando la situación ante la que nos encontremos sea la de un progenitor –no custodio– que voluntariamente decide no hacer uso del régimen de relaciones personales con su hijo fijado por el Juez, ya que –sostienen los partidarios de esta tesis– precisamente para este supuesto, el legislador ha previsto otro tipo penal en el art. 618 CP.

En este sentido la SAP de Pontevedra (secc. 5.ª) de 6 de junio de 2008³¹ afirma que el tipo del art. 622 CP, se refiere únicamente a la infracción por los padres del régimen de custodia de los hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa (por lo que en esta falta solo podrían integrarse los supuestos en que los padres se apoderan del menor sacándolo de la guarda de la persona o institución que la ostente o no restituyen al menor a las mismas). Por ello, las infracciones del derecho de visitas, del que es titular el progenitor que no tiene atribuida la custodia del menor, no podrían integrarse en tal norma, salvo que se procediera a una interpretación extensiva de la misma que no es admisible en Derecho penal en contra del reo (art. 4.1 CP); tales supuestos solo aparecen previstos en el art. 618 CP, que sanciona a quien “incumpliera obligaciones familiares”, pues en la amplia expresión “obligaciones familiares” puede entenderse incluido el respeto del progenitor encargado de la custodia del menor al régimen de comunicación con el otro progenitor, que es una “obligación familiar” en cuanto establecida en interés del menor y, en un plano distinto, del progenitor apartado de la convivencia con el mismo.

En segundo lugar, aquellos que afirman que pueden incurrir en el tipo del art. 622 CP tanto el progenitor custodio, como el no custodio. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, la SAP de Guadalajara (secc. 1.ª) de 23 de octubre de 2003³², la SAP de Lleida (secc. 1.ª) de 30 junio 2004³³, o las SSAP de Las Palmas (secc. 2.ª) de 10 de febrero de 2005³⁴ y (secc. 1.ª) de 29 de julio de 2011³⁵ que entienden que debe configurarse el régimen de visitas contemplado en el Código Civil como una mera manifestación de la custodia, que surge en las situaciones de crisis matrimonial en defecto de acuerdo de los cónyuges, en cuanto sólo en tales supuestos se hace preciso delimitar judicialmente el periodo de tiempo que a cada uno de ellos le corresponde estar con sus hijos, si bien, por razones de estabilidad física y emocional de éstos, se hace preciso que los menores tengan su residencia habitual juntamente al de uno de sus padres. Por ello, esa custodia se concretará positivamente para uno de los progenitores, especificando periodos, más o menos amplios según las circunstancias, que el Código Civil nomina como “régimen de visitas”, en tanto que para el otro se establece desde un punto de vista negativo, esto es, estableciendo que estarán a su cuidado el resto del tiempo. En suma, el régimen de visitas para uno, y la habitualidad de la residencia respecto del otro, no son más que delimitaciones temporales de la custodia, que constituye un concepto global y más amplio que comprende el conjunto de deberes inherentes a la patria potestad. Y partiendo de esta premisa, entienden las sentencias mencionadas que la retención del menor por el progenitor que ejerce el régimen de visitas, más allá del periodo de tiempo en que se concretaba éste, puede ser delito del art. 225 bis o falta del 622, según el tiempo que dure la retención del menor; de la misma manera que la no entrega del menor, por parte del progenitor a cuyo cuidado se encuentren, al otro al que le corresponda el régimen de visitas, evidentemente no puede ser

³¹ SAP de Pontevedra (secc. 5.ª) de 6 de junio de 2008 (JUR 2008\355470).

³² SAP de Guadalajara (secc. 1.ª) de 23 de octubre de 2003 (JUR 2004\49207).

³³ SAP de Lleida (secc. 1.ª) de 30 junio 2004 (JUR 2004\219862).

³⁴ SAP de las Palmas (secc. 2.ª) de 10 de febrero de 2005 (JUR 2005\85485).

³⁵ SAP Las Palmas (secc. 1.ª) de 29 de julio de 2011 (JUR 2011\374200).

constitutivo del delito del art. 225 bis, pero sí de la falta del art. 622; y por último, cualquier otro incumplimiento de obligaciones familiares tendrá su respuesta en la amplia descripción, a modo de cajón de sastre, que se contiene en el art. 618.2, que se erige como norma penal en blanco que habrá de integrarse con las del Código Civil, a la hora de precisar cuáles sean esas obligaciones familiares.

No obstante, las dos interpretaciones mencionadas cuentan con numerosos detractores³⁶ –entre los cuales me incluyo– que afirman que el sujeto activo del art. 622 CP no es otro que el progenitor no custodio. Los argumentos a favor de esta línea interpretativa del precepto, me parecen claros:

* El art. 622 CP regula la infracción del régimen de custodia, y una cosa es la guardia y custodia de un menor y otra el régimen de relaciones personales con él. Cuando el progenitor custodio no permite al otro progenitor relacionarse con su hijo, no está infringiendo la custodia que a favor de él ha decretado el juez; lo que está vulnerando es otra figura, totalmente diferente a la guardia y custodia y que tiene que ver más bien con los derechos y deberes inherentes a la patria potestad: las relaciones personales del progenitor no custodio –pero que sigue ostentando la patria potestad– con su hijo menor de edad. En consecuencia, difícilmente puede ser sujeto activo de este precepto el titular de la guardia y custodia del menor, que es fijada en estos supuestos de crisis de pareja por el órgano judicial; el que podrá, en su caso, vulnerarlo será precisamente el progenitor no custodio³⁷. Así se infiere de sentencias como la SAP de Cáceres (secc. 2.ª) de 30 de junio de 2004³⁸, la SAP de Málaga (secc. 3.ª) de 21 de noviembre de 2005³⁹ y la SAP de Girona (secc. 3.ª) de 4 de mayo de 2005⁴⁰, que afirman que sólo puede ser “víctima” de esta falta el que ostenta la custodia; por ejemplo, cuando el progenitor no custodio no hace entrega de un menor al progenitor custodio tras un periodo de estancia con aquél.

Esta misma tesis es sostenida por la SAP de Barcelona (secc. 3.ª) de 4 de julio de 2007⁴¹ que indica que el régimen de visitas no es una de las facultades inherentes a la guarda y custodia, sino la consecuencia de la necesaria exclusión de éstas de uno de los progenitores protagonistas de la ruptura. El cónyuge que tiene atribuida la custodia de los hijos puede infringir el régimen de visitas, pero no el de custodia, cuya infracción sólo es posible, salvo supuestos anómalos, por el progenitor apartado de la convivencia con los hijos. Y a este último supuesto es al que se refieren los arts. 225 bis y 622 CP. La conducta del progenitor titular de la guarda y custodia del menor, de no entregarlo para que el otro pueda ejercitar su derecho de visita, incumpliendo con ello la obligación que se deriva de la correspondiente resolución judicial dictada en el orden civil, constituye la falta tipificada en el art. 618.2 CP, en cuya amplia expresión «obligaciones

³⁶ Adopta por ejemplo esta tesis GUTIÉRREZ ROMERO, “Faltas contra las personas. Distinción teórica y práctica de las faltas contra las relaciones familiares: Artículos 618 y 622 CP”. AJA núm. 697/2006 (digital) parte Comentario, p. 4, quien afirma que el cónyuge que tiene atribuida la custodia de los hijos podrá infringir el régimen de visitas, pero no el de custodia.

³⁷ MAGRO SERVET, “El incumplimiento del régimen de visitas en la reforma del Código Penal por Ley 15/2003, de 25 de noviembre”. Diario La Ley (digital), n.º 5956, Sección Doctrina, 17 Feb. 2004; “Incumplimiento del régimen de custodia o visitas de menores: ¿artículo 618.2 o 662 del Código Penal? ¿hace falta un expreso requerimiento previo en el orden civil?”. La Ley Penal (digital), n.º 98/99, sección Práctica penal, noviembre-diciembre 2012; “La diferencia entre el incumplimiento del régimen de visitas y el incumplimiento del régimen de custodia”. Boletín de Derecho de Familia (digital) núm. 39, octubre de 2014.

³⁸ SAP de Cáceres (secc. 2.ª) de 30 de junio de 2004 (JUR 2004\197207).

³⁹ SAP de Málaga (secc. 3.ª) de 21 de noviembre de 2005 (JUR 2006\238376).

⁴⁰ SAP de Girona (secc. 3.ª) de 4 de mayo de 2005 (JUR 2005\173593).

⁴¹ SAP de Barcelona (secc. 3.ª) de 4 de julio de 2007 (JUR 2007\285150).

familiares» debe 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.

* La interpretación propuesta, encuentra apoyo en la propia Exposición de motivos de la Ley 9/2002, que indica 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”*, aludiendo así claramente a la negativa del progenitor no custodio a restituir al menor, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor. En consecuencia, parece que el legislador tiene en mente como sujeto activo del tipo regulado en el art. 622 CP precisamente al progenitor no custodio.

Adoptando esta misma línea interpretativa, la SAP de Madrid (secc. 29.ª) de 19 de julio de 2012⁴², afirma que la Exposición de motivos de la Ley 9/2002 ratifica que el sujeto activo de las conductas tipificadas introducidas por la nueva normativa en el art. 622 CP sólo puede ser el progenitor apartado de la custodia y no quien ostenta ésta. Entiende la Audiencia que no cabe identificar el régimen de visitas con el régimen de custodia pues son cosas distintas y complementarias. Como demuestran los artículos 90 apartado a) y 94 CC el derecho de visita es la contrapartida que, en interés del menor, corresponde al progenitor privado de la guarda y custodia de sus hijos para conservar el contacto con éstos. El régimen de visitas no es una de las facultades inherentes a la guarda y custodia sino que surge de la necesaria exclusión de éstas de uno de los progenitores protagonistas de la ruptura. El que tiene atribuida la custodia de los hijos puede infringir el régimen de visitas pero no el de custodia cuya infracción sólo es posible por el progenitor apartado de la convivencia de sus hijos, y es este último supuesto el que pretenden prevenir los nuevos artículos 225 bis y 622 CP. No quiere decir ello que en su caso el comportamiento de la denunciada, si concurriera el elemento subjetivo de incumplir o perturbar el régimen de visitas, no tuviera encaje en el Código Penal. Lo tendría, pero en otro precepto. En concreto en el art. 618 del mismo, que sanciona a quien *“incumpliere las obligaciones familiares”*. En la amplia expresión de las obligaciones familiares puede entenderse incluido el respeto del progenitor encargado de la custodia del menor al régimen de comunicación con el otro progenitor, obligación establecida no tanto en interés del progenitor apartado de la convivencia como del propio menor.

Debo mencionar aquí el criterio mantenido por la SAP de Las Palmas (secc.1.ª) de 11 de septiembre de 2013⁴³, que indica que tanto el progenitor que se empeña en ejercer su derecho de visita un día que no le corresponde, como el que impide al otro ejercerlo el día establecido, o el que prolonga más allá de lo convenido su estancia con el hijo común, no cometen la infracción del art. 622 CP, pues no quebrantan la guarda y custodia del menor, aunque todos ellos incurran en un incumplimiento o contravención del régimen de visitas establecido o aprobado judicialmente, lo que podrá surtir los efectos que en su caso correspondan en el mismo proceso en que dicho régimen se acordó.

⁴² SAP de Madrid (secc. 29.ª) de 19 de julio de 2012 (JUR 2012\289468).

⁴³ SAP de Las Palmas (secc.1.ª) de 11 de septiembre de 2013 (ARP 2013\1125).

Y en el mismo sentido se pronuncian la SAP de Sevilla (secc. 3.ª) de 12 de enero de 2004 ([JUR 2004, 68992](#)), la SAP de Jaén (secc. 3.ª) de 2 de febrero de 2004 ([JUR 2004, 102497](#)), la SAP de Barcelona (secc. 5.ª) de 14 de mayo de 2004 ([JUR 2004, 174562](#)), la SAP de Tenerife (secc. 2.ª) de 16 de octubre de 2004 ([JUR 2004, 254767](#)), la SAP de Sevilla (secc. 7.ª) de 12 de noviembre de 2004, ([JUR 2005, 69122](#)), la SAP de Álava (secc. 2.ª) de 10 de diciembre de 2008 (JUR 2009\47545), la SAP de Murcia (secc. 3.ª) de 11 de enero de 2010 (JUR 2010\102149).

En conclusión, no encajan dentro del tipo del art. 622 CP, como incumplimiento del régimen de custodia, las conductas del progenitor custodio que puedan ser calificadas como una infracción de las obligaciones familiares (por ejemplo, no permitir a los niños relacionarse con el otro progenitor, ya sea impidiendo que se comuniquen con él o que le vean, o no estando en casa cuando aquél debe ir a recogerlos). Dichas conductas deberán ser castigadas por la vía del art. 618.2 CP, relativo al incumplimiento de obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial.

1.d. Incumplimiento de obligaciones familiares.

Finalmente, se tipifican también las conductas que estamos analizando en el art. 618 CP, como falta por el incumplimiento de obligaciones familiares. Dispone el art. 618 CP, concretamente en su punto 2, que es el que aquí interesa, que el que incumpliere obligaciones familiares establecidas en un convenio aprobado judicialmente o en resolución dictada en los procesos de separación legal, divorcio, nulidad matrimonial, filiación, o alimentos a favor de los hijos, siempre que dicho comportamiento no sea constitutivo de delito⁴⁴, será castigado bien con pena de multa de diez días a dos meses, o bien con la condena a trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.

1.d.1. Antecedentes legislativos del precepto. Este apartado 2 del art. 618 CP fue introducido en el Código por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, con el fin de tipificar el incumplimiento de obligaciones familiares, que hubieran sido establecidas en una resolución judicial en los procesos matrimoniales o de filiación, siempre que los hechos no pudieran considerarse constitutivos de delito.

1.d.2. Bien jurídico protegido. El primer problema que nos plantea la interpretación de este precepto es averiguar cuál es el bien jurídico que el legislador ha tratado de proteger a través del mismo. En concreto, debemos discernir si se trata de proteger el derecho-deber del progenitor a relacionarse con sus hijos o, por el contrario, el sujeto que el legislador tenía en mente tutelar era el propio menor, tratando de evitar su instrumentalización en las disputas que puedan tener sus progenitores al romper su relación de pareja.

En este sentido, la SAP de Tarragona (secc. 4.ª) de 14 de noviembre de 2008⁴⁵, señala que el tipo contenido en el art. 618.2 CP no protege sólo el principio de autoridad como bien jurídico. Cuando de lo que se trata es del cumplimiento del régimen de visitas lo que se protege, además, es la dignidad del menor, en cuanto titular del derecho fundamental a la estabilidad familiar que se integra por los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas (artículo 9 Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño). En fin, lo que se pretende mediante dicho tipo de protección es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de “cosificación”, de abandono afectivo y personal por aquellos que tienen la obligación de procurarles cariño y protección.

1.d.3. Sujeto activo del tipo penal. Una vez expuesto cuál es el bien jurídico tutelado por el precepto, debemos plantearnos quién el sujeto activo en el que está pensando el legislador para este precepto.

⁴⁴ Se refiere el precepto al delito de abandono de familia, menores e incapaces de los arts. 226 y ss. CP.

⁴⁵ SAP de Tarragona (secc. 4.ª) de 14 de noviembre de 2008 (JUR 2009\74748). Y en el mismo sentido se pronuncia la SAP de Valencia de 9 de abril de 2014 (JUR 2014/199793).

Centrándonos en los progenitores como sujetos activos del tipo penal, de acuerdo con lo sostenido en el punto anterior, encontramos aquí fundamentalmente dos líneas interpretativas contrapuestas. Por un lado, aquellos que afirman que el art. 622 CP ha sido pensado por el legislador para castigar las infracciones del régimen de relaciones personales llevadas a cabo por el progenitor custodio, mientras que el art. 618.2 CP, estaría previsto para las infracciones cometidas por el progenitor no custodio. Y por otra parte, la línea interpretativa adoptada en este estudio, entendiendo que el art. 622 CP tiene como sujeto activo únicamente al progenitor no custodio, mientras que del comportamiento tipificado en el art. 618.2 CP podrían ser sujetos activos tanto el progenitor custodio, como el no custodio. (Precisamente esta segunda interpretación parece ser también la adoptada por la sentencia del Juzgado de Instrucción número 19 de Madrid, de 24 de octubre de 2014, que ha dado pie a la realización de este análisis, que afirma expresamente que en el tipo penal del art. 618.2 CP debe incluirse sin duda alguna el cumplimiento del régimen de visitas establecido a favor del progenitor no custodio).

1.d.4. Presupuestos necesarios para la aplicación del precepto. De acuerdo con la línea interpretativa propuesta en cuanto al sujeto activo del tipo regulado en el art. 618.2 CP, a continuación debemos averiguar qué requisitos son necesarios para poder aplicar el mismo al supuesto en el que el progenitor no custodio decida no relacionarse con su hijo, o bien al caso en el que el progenitor custodio impide el régimen de relaciones personales del otro progenitor con sus hijos. Pues bien, nuestra jurisprudencia exige para la aplicación de esta falta penal, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) Que se haya dictado una sentencia o se haya aprobado judicialmente un convenio en un supuesto de crisis de pareja, en el que se establezca claramente un régimen de relaciones personales de un progenitor con su hijo menor de edad.
- 2) Que los progenitores hayan tenido conocimiento real y efectivo de la resolución judicial.
- 3) Que el progenitor no custodio decida, sin causa justificada y voluntariamente (dato éste importantísimo) no cumplir el régimen de relaciones personales con su hijo fijado en la resolución judicial. En otras palabras, se exige por nuestros Tribunales un incumplimiento doloso de la obligación familiar fijada para el progenitor judicialmente⁴⁶. De acuerdo con la tesis propuesta en cuanto al sujeto activo del precepto, entiendo que en caso de que el que impida el régimen de relaciones personales sea el progenitor custodio, debe de exigirse igualmente voluntariedad, dolo, falta de justificación, en esa obstaculización del régimen de relaciones personales.

⁴⁶ Así lo señala, por ejemplo, la SAP de Tarragona (secc. 4.ª) de 29 de abril de 2013 (JUR 2013\241858), al indicar que la infracción penal por la que la apelante ha sido condenada del art. 618.2 CP, exige para su apreciación de dos elementos: el objetivo, consistente en la existencia de cualquier obligación familiar a favor de los hijos, establecida 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 los hijos, así como el incumplimiento de tal obligación, siempre que no constituya delito; y, el subjetivo o dolo, consistente en el conocimiento por el agente de tal obligación y su voluntad deliberada de no cumplirla.

En este mismo sentido, la SAP de Valencia de 9 de abril de 2014 (JUR 2014/199793) afirma que la falta del art. 618 CP es una infracción dolosa y no se comete, simplemente, con una desatención del mandato contenido en la sentencia de divorcio. Se exige un plus de antijuridicidad en la conducta, para lo que es necesario que la prueba practicada permita afirmar que el acusado antepone sus intereses a los de sus hijos. Y esta misma línea interpretativa, exigiendo una conducta dolosa, es la que adoptan también la SAP de Castellón (secc. 1.ª) de 26 de marzo de 2014 (JUR 2014\155747), la SAP de Madrid (secc. 3.ª) de 25 de marzo de 2013 (JUR 2013\172402), la SAP de Barcelona (secc. 10.ª) de 3 de mayo de 2011 (JUR 2011\281668).

Ahora bien, a mi juicio el problema estribará en determinar cuándo puede considerarse que un incumplimiento tiene detrás una causa que lo justifique, porque dada la indeterminación de supuestos posibles, ello puede desembocar en una gran arbitrariedad a la hora de enjuiciar cada caso. Así, por ejemplo, se ha considerado que el incumplimiento no era doloso, sino que estaba justificado y en consecuencia no era constitutivo de sanción penal, el supuesto en el que un padre incumplió el régimen de relaciones personales y no acudió a visitar a su hijo porque después de un tiempo en el paro y de atravesar una situación económica complicada, había encontrado un trabajo lejos del lugar de residencia del menor y no disponía de dinero suficiente para acudir a verle y aunque él había propuesto a la madre otras vías de comunicación con el niño (skype), aquélla se negaba⁴⁷.

En este mismo sentido, en la SAP de Las Palmas (secc. 1.^a) 11 de septiembre de 2013⁴⁸ se absuelve a la madre de la falta de incumplimiento de obligaciones familiares judicialmente establecidas por la que fue condenada por no haber entregado a su hijo mejor de edad a su padre, pese a que así venía acordado en sentencia y ello por cuanto el menor padecía una cuadro febril que le fue diagnosticado y para cuya sanidad se le pautó un tratamiento farmacológico con antibióticos y reposo durante cuatro o cinco días. Concretamente, en el Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia, se hace mención expresa al requisito de voluntariedad en el incumplimiento del régimen de relaciones personales, indicando la Audiencia que el art. 618.2 CP *“pretende sancionar, entre otros, aquellos comportamientos voluntarios de los progenitores, de incumplimiento del régimen de visitas fijado por el Tribunal Civil, al resolver la cuestión familiar, siempre que dicha contravención se haga de forma consciente y voluntaria, y con intención de contravenir lo señalado por la autoridad judicial; es decir, se trata de sancionar las actividades obstruccionistas de los progenitores, que impidan el normal desarrollo de los regímenes de visitas, en perjuicio de los intereses familiares y en especial de los menores. En este sentido, se ha de tener en cuenta que lo relativo a los regímenes de visitas, se trata de un derecho y una obligación de los progenitores, pero desde el momento que se trata de una medida establecida en relación a un menor deberá siempre valorarse en su beneficio, primando siempre su interés, dándole por tanto una ejecución que no le perjudique”*.

Sin embargo, se considera un incumplimiento injustificado, que origina la consiguiente responsabilidad penal, el supuesto enjuiciado a finales del año 2013 por el Juzgado de Instrucción número 4 de Granada, en el que se condena a una divorciada granadina que incumplió una visita paterna escudándose en que sus dos hijos pequeños se habían puesto malos el sábado que les correspondía estar con su padre, aportando informes médicos en los que se refleja que los niños tenían una temperatura corporal de 36,5 y 36,4. El magistrado no cree que los niños estuvieran realmente impedidos como para acudir a ver a su padre, ya que esa temperatura no es constitutiva ni de fiebre, ni tan siquiera de febrícula y por ello, condena a la madre a pagar una multa de 120 euros (30 días a 4 euros diarios) como autora de una falta de incumplimiento del régimen de visitas tipificada en el art. 618.2 CP.

4) Que ese incumplimiento voluntario del régimen de relaciones personales pueda ser considerado como reiterado. Nuestros Tribunales afirman que no se producirá ilícito penal cuando haya un único incumplimiento del régimen de relaciones personales. Se invoca

⁴⁷ SAP de Burgos (secc. 1.^ª) de 15 de noviembre de 2012 (JUR 2012\399209).

⁴⁸ SAP de Las Palmas (secc.1.^ª) de 11 de septiembre de 2013 (ARP 2013\1125).

concretamente en este sentido el principio de intervención mínima del Derecho Penal, para justificar la exigencia de reiteración para poder aplicar el tipo previsto en el art. 618.2 CP.

Indica la SAP de Burgos (secc. 1.ª) de 15 de noviembre de 2012⁴⁹, que es un criterio frecuente en múltiples resoluciones de las Audiencias Provinciales considerar que el incumplimiento típico de los deberes familiares ha de tener cierta entidad, y por ello deben excluirse los incumplimientos de carácter defectuoso, incompleto o anecdótico, que no revelen la voluntad de ignorar, obstaculizar o dificultar la vigencia y efectividad de las obligaciones familiares a las que se refiere el tipo.

Así, la SAP de Tarragona (secc. 4.ª) de 29 de abril de 2013⁵⁰, señala que con base en el principio de intervención mínima, cuando el incumplimiento de las obligaciones familiares no tenga entidad suficiente para motivar una condena penal, habrá de buscarse la solución en la vía civil. Indica la Audiencia que el principio de intervención mínima supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. Reducir la intervención del Derecho penal, como última ratio al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la práctica judicial tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad. En aplicación de aquel principio, el criterio jurisprudencial es entender que es preciso que el incumplimiento típico por el progenitor revista cierta entidad, excluyendo los incumplimientos de carácter defectuoso, incompleto o anecdótico, que no revelan la voluntad de ignorar, obstaculizar o dificultar la vigencia y efectividad de las obligaciones familiares a las que se refiere el tipo.

Aplicando igualmente este criterio, la SAP de Valencia (secc. 2.ª) de 31 de marzo de 2011⁵¹ entiende que no existe incumplimiento de las obligaciones familiares cuando el padre incumple esporádicamente el régimen de visitas judicialmente establecido, debido a la lejanía de su residencia en ese momento por su actividad profesional.

Y, finalmente, debo dejar constancia de que esta exigencia de reiteración es la que se ha tenido también en cuenta en la sentencia del Juzgado de Instrucción número 19 de Madrid, de 24 de octubre de 2014, que ha dado pie a la realización de este análisis, para condenar al padre custodio que no entregaba al menor para que se relacionase con su madre.

5) Para poder acudir a esta vía penal, no es necesario un previo requerimiento del cumplimiento en la vía civil. Y así lo han señalado expresamente por ejemplo la SAP de Cáceres (secc. 2.ª) de 14 de mayo de 2004⁵², o la SAP de Navarra (secc. 2.ª) de 25 de enero de 2006⁵³.

⁴⁹ SAP de Burgos (secc. 1.ª) de 15 de noviembre de 2012 (JUR 2012\399209).

⁵⁰ SAP de Tarragona (secc. 4.ª) de 14 de noviembre de 2008 (JUR 2009\74748). Y en este mismo sentido se pronuncia la SAP de Murcia (secc. 3.ª) de 11 de enero de 2010 (JUR 2010\102149).

⁵¹ SAP de Valencia (secc. 2.ª) de 31 de marzo de 2011 (JUR 2011\187865). Y en el mismo sentido se pronuncia la SAP de Alicante (secc. 2.ª) de 7 de febrero de 2011 (JUR 2011\313390).

⁵² SAP de Cáceres (secc. 2.ª) de 14 de mayo de 2004 (JUR 2004\174562).

⁵³ SAP de Navarra (secc. 2.ª) de 25 de enero de 2006 (JUR 2006\100346).

2. Órgano competente para enjuiciar las demandas penales basadas en el incumplimiento del régimen de relaciones personales

Expuestos los posibles tipos penales en los que podría encuadrarse la conducta de los progenitores que vulneran el régimen de relaciones personales entre padres e hijos establecido judicialmente, en lo referente al órgano competente para conocer dichas demandas, simplemente debo precisar que, salvo que nos encontremos ante un incumplimiento del régimen de relaciones grave y reiterado que pueda ser constitutivo de un delito, la mayoría de estos procesos se sustancian como juicios de faltas ante los Juzgados de Instrucción.

3. Relevancia en el proceso penal sobre el incumplimiento del régimen de relaciones personales de la alegación de la falta de deseo del menor de relacionarse con su progenitor

Dado que la trascendencia que deba darse a la negativa del menor a relacionarse con alguno de sus progenitores es la misma tanto en el ámbito civil como en el penal, me remito a lo que se expondrá más adelante, al analizar este punto en el apartado relativo a las consecuencias civiles del incumplimiento del régimen de relaciones personales.

IV. CONSECUENCIAS CIVILES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES CON SUS HIJOS POR PARTE DE UNO DE LOS PROGENITORES

Expuestas las consecuencias del incumplimiento del régimen de relaciones personales en el ámbito penal, me centraré ahora en la trascendencia que dicho incumplimiento puede tener en el ámbito civil. Pero antes de abordar las diferentes posibilidades de actuación que ofrece nuestro ordenamiento civil en este punto, debo precisar que entiendo que todas ellas están pensadas para el supuesto en el que el incumplimiento del régimen de relaciones personales se produce sin que haya ninguna causa que lo justifique. Es decir, se trata de aquellas hipótesis en las que uno de los progenitores voluntariamente decide que no quiere relacionarse con su hijo, o no deja injustificadamente a su descendiente relacionarse con el progenitor no custodio. Si existe alguna causa que lo justifique –por ejemplo, motivos laborales o de salud, que obviamente deberán ser acreditados ante el juez– no podrá exigirse responsabilidad de ningún tipo al progenitor incumplidor⁵⁴.

1. Posibilidades civiles de actuación ante el incumplimiento injustificado por alguno de los progenitores del régimen de relaciones personales fijado judicialmente

Cuando alguno de los progenitores de un menor no haga uso del régimen de relaciones personales con sus hijos establecido por una resolución judicial, o bien en el caso en el que un progenitor impida al otro relacionarse con sus descendientes, las posibilidades de actuación en la vía civil podrían ser varias:

1.a. Interponer una demanda de ejecución de Sentencia, en el caso en el que se tratase de un incumplimiento aislado.

⁵⁴ En este mismo sentido se pronuncia ROMERO COLOMA, “Incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor no custodio: problemática jurídica”. Diario La Ley (digital), n.º 7550, sección Tribunal, 19 enero 2011, p.8.

1.b. Interponer una demanda de ejecución de Sentencia y solicitar la fijación por los Tribunales de una multa coercitiva, cuando nos encontremos ante un incumplimiento reiterado del régimen de relaciones personales (arts. 709 y 776.2 LEC)⁵⁵.

La figura de la multa coercitiva supone una novedad en nuestro Ordenamiento procesal civil en cuanto que no existía con anterioridad a la irrupción normativa de la Ley 1/2000 una medida similar orientada a obtener el cumplimiento específico de una prestación de hacer personalísimo⁵⁶.

Esta opción es bastante utilizada por las partes en la práctica, pero choca de lleno con la tendencia seguida por la mayoría de nuestros Tribunales consistente en ordenar la ejecución y cumplimiento de la sentencia y no sancionar directamente a la parte que ha incumplido –a pesar de que dicho incumplimiento sea ya reiterado–, sino que lo que hacen los jueces es apercebir de que si el incumplimiento se vuelve a producir, entonces, ya sí, se le sancionará con la multa pertinente⁵⁷.

1.c. Interponer una demanda de modificación de régimen de guarda y custodia, alegando el incumplimiento reiterado del régimen de relaciones personales (art. 776.3 LEC).

Ahora bien, comparto la apreciación efectuada respecto de esta medida por ROMERO COLOMA⁵⁸, al entender que dada su intensidad y rigidez, sólo será viable cuando la actitud negativa del progenitor custodio, que ha de facilitar el régimen de visitas al otro progenitor, sea de tal gravedad que provoque un atentado reiterado, con visos de definitivo e irremediable, al “derecho de visitas”, habiendo fracasado otras medidas oportunas establecidas para intentar regularizar la situación⁵⁹.

De nuevo en este punto, habrá de tomarse en consideración el interés del menor y precisamente con base en dicho interés, la STS de 31 de enero de 2013⁶⁰ acuerda no modificar el régimen de guarda y custodia de un menor. Se enjuiciaba el caso de una pareja con un hijo de 10 años; tras la ruptura de su relación, se le atribuyó a la madre la guarda y custodia del menor y se autorizó judicialmente que madre e hijo se fueran a residir a Estados Unidos, asumiendo la progenitora la obligación de facilitar las relaciones del niño con su padre. La mujer incumplió su compromiso

⁵⁵ Así lo entiende por ejemplo la AP de Málaga (secc. 4.ª) en Auto de 30 de mayo de 2003 (JUR 2003\268280), que impuso a la progenitora una multa coercitiva al entender que no colaboraba en el cumplimiento del régimen de visitas, que suponía para ella un deber personalísimo, ya que no bastaba con que llevase a su hija al punto de encuentro, sino que además debía implicarse y preparar previamente a la niña, haciéndole entender la situación y transmitiéndole la necesidad de la figura paterna.

⁵⁶ VILATA MENADAS, “La ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. Perspectiva en los órdenes civil y penal del impago de pensiones y el incumplimiento del régimen de visitas”. La Ley 2616/2004 (digital), Práctica de Tribunales, n.º 12, sección Estudios, enero 2005.

⁵⁷ Tal y como señala MOLLEJA DE LA ROSA, “El derecho de visitas, su incumplimiento por parte del progenitor custodio y la imposición de multas coercitivas”. AJA núm. 862/2013 (digital) parte Comentario, pp. 2 y 3, la finalidad de la multa coercitiva no es sancionar el incumplimiento pasado, sino evitar bajo dicha amenaza legal su reiteración en el futuro.

⁵⁸ ROMERO COLOMA, “La aplicación del art. 1902 del Código Civil a los incumplimientos del régimen de visitas”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2013 (digital), parte Comentario, p. 2.

⁵⁹ Crítico con esta medida se muestra ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, “El frecuente incumplimiento del régimen de estancias de los menores con el progenitor no custodio en periodos festivos o vacacionales”. AJA (digital) núm. 821/2011, parte Tribuna, p.2, al afirmar que quizás el apercebimiento de que se puede cambiar la custodia del menor podría servir para algo, pero como detrás de éste hay el conocimiento de que se trata de “un farol” y de que la amenaza no se va a cumplir, se convierte en agua de borrajas.

⁶⁰ STS de 31 de enero de 2013 (RJ 2013\927).

y el niño no tuvo contacto con su padre durante años, por lo que tras varios requerimientos judiciales, aquél solicitó la modificación del régimen de guarda y custodia del menor. El Tribunal Supremo no acoge la pretensión paterna afirmando que en ninguno de los hechos que refiere la demanda de modificación de medidas, se justifica el beneficio que representaría para el menor el cambio de custodia. Sostiene el Tribunal que debe analizarse el interés concreto de cada menor en cada caso que se plantea y en el enjuiciado, el hecho de que el niño tuviese que irse a vivir a Pontevedra con su padre, cuando lleva años viviendo en Estados Unidos con su madre, estando plenamente integrado allí en todos los aspectos (alimentación, amigos, etc.), teniendo un fuerte vínculo afectivo hacia su madre y sin tener contacto desde hace años con su padre, no beneficiaría en nada sus intereses.

Precisamente ha cobrado ahora plena actualidad en los medios de comunicación, el caso de una mujer a la que le fue retirada la custodia de su hija por incumplir el régimen de visitas establecido judicialmente entre una menor y su padre. El caso se ha convertido en un entramado de procesos civiles y penales paralelos que se llevan produciendo desde el año 2001. Y hago alusión aquí a este supuesto, para dejar constancia de la gravedad de la medida que analizamos –el cambio del régimen de guarda y custodia– y de las precauciones que deberían tomar nuestros jueces antes de adoptarla.

El caso al que aludo es el de una andaluza que en el año 2001 denunció a su marido por maltrato habitual, siendo el hombre finalmente condenado por la SAP de Sevilla –secc. 4.^a– de 28 de marzo de 2008, a 21 meses de prisión, que no cumplió finalmente al carecer de antecedentes. En la sentencia que decretaba el divorcio de la pareja, se dispuso que la guarda y custodia de la hija de ambos correspondería a la madre y, a pesar de la condición de maltratador reconocida por una sentencia, se fijó un régimen de relaciones personales con el padre. La progenitora impidió en numerosas ocasiones las relaciones entre la niña y su padre, dado el maltrato que había sufrido a manos de su marido y el temor a que su hija pudiese pasar por el mismo calvario, así como debido también a la falta de colaboración del padre en la ejecución de las visitas, al no facilitar sus cuadrantes laborales ni otros datos precisos para que las mismas pudiesen llevarse a cabo. Ante esta situación, el padre de la menor interpuso constantemente denuncias alegando la imposibilidad de visitar a su hija y finalmente, el 2 de octubre de 2008, la Audiencia Provincial de Sevilla confirmó la condena de la progenitora, impuesta por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Sevilla, a pena privativa de libertad de un año por desobediencia –aunque dicha pena le fue conmutada por el Real Decreto 1062/2012, de 6 de julio, por otra de un año de multa que se satisfaría en cuotas diarias de 6 euros, y por 30 días de trabajo en beneficio de la comunidad, a condición de que no volviese a cometer delito doloso en el plazo de tres años– y le fue retirada la custodia de la niña (de 9 años) por falta de cumplimiento del régimen de visitas, siendo entregada la misma al padre (recordemos, condenado por sentencia firme por maltrato). Un año después, la madre consiguió recuperar la custodia de la niña, pero siguió vigente un régimen de visitas con el padre y la madre se encontró con un nuevo obstáculo: la negativa de la niña a relacionarse con su padre (relata aquélla, que la menor llora desconsoladamente cada vez que tienen que producirse los encuentros, que está aterrada, que llega a afirmar que prefiere suicidarse a tener que volver a vivir con su padre). Ante este hecho, la progenitora optó por dar prioridad a la voluntad de su hija –de 14 años ya– y no facilitar el régimen de visitas de la niña con su padre. Ello hizo que nuevamente éste interpusiera numerosas denuncias, siendo la madre condenada a 2 años de prisión –finalmente rebajados por la Audiencia de Sevilla a 6 meses–. El 29 de septiembre de 2014 la mujer recibió el requerimiento para entrar en prisión, pero el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Sevilla ha suspendido la ejecución del mismo hasta que se resuelva la petición de indulto solicitada por aquélla.

Creo que estos hechos hablan por sí solos acerca de la enorme precaución que debe adoptarse por nuestros Tribunales a la hora de modificar la guarda y custodia de un menor por incumplimiento del régimen de relaciones personales, para evitar que termine otorgándose la misma a un sujeto condenado por maltrato, ya que ello va claramente en contra de lo que se trata de proteger con esta medida que es el interés del menor, al que se está exponiendo a una potencial situación grave de riesgo para su integridad física y psíquica.

Este supuesto abre además la puerta al planteamiento de otro problema ¿deberían haber tenido en cuenta los Tribunales la voluntad de esta niña, su deseo de no relacionarse con su padre? Dejo simplemente apuntada aquí esta cuestión, ya que aludiré a ella en concreto en páginas sucesivas.

1.d. ¿Solicitar la suspensión del pago de alimentos? Afirma RODRÍGUEZ GUITIÁN⁶¹ que el perjudicado por la obstaculización o el impedimento del ejercicio del régimen de relaciones personales por la conducta dolosa del otro progenitor, podría solicitar al juez que suspendiese su obligación de pago de la pensión alimenticia que se hubiese fijado.

No comparto la adopción de esta medida⁶². Recordemos que el interés del menor debe presidir cualquier decisión que se adopte, y entiendo que perjudicará claramente sus intereses verse privado de los medios económicos estipulados por el Juez para atender a sus necesidades.

1.e. ¿Solicitar la privación de la patria potestad? Hay autores, como ROMERO COLOMA, que defienden la tesis de que en estos casos se podría privar al progenitor no custodio que no hace uso de su derecho-deber de visitas a sus hijos, de la patria potestad sobre éstos, al menos con carácter temporal, al no haberla ejercido adecuadamente⁶³. Y también algún Tribunal ha hecho uso de esta medida, en situaciones de infracción del régimen de relaciones personales, como por ejemplo la SAP de Alicante (secc. 4.ª) de 10 de febrero de 2000⁶⁴.

⁶¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, "Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales". Tratado de Derecho de Familia (dir. Izquierdo Tolsada y Cuenca Casas), Navarra, Aranzadi, vol. VI, 2011, p. 850.

⁶² También manifiesta su discrepancia respecto de esta opción DÍAZ MARTÍNEZ, "Resarcimiento de daños por incumplimiento de las medidas personales de las sentencias de divorcio: de la reflexión teórica a los tribunales de justicia". Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 1/2012 (digital) parte Comentario, p.2.

⁶³ ROMERO COLOMA, "La falta de relación del progenitor con el hijo (o hijos) menor de edad como causa de privación de la patria potestad". RDF, núm. 36, 2007, pp. 270-273; o "Los incumplimientos del régimen de visita y su problemática jurídica". Diario La Ley (digital), n.º 8267, secc. Doctrina, 10 marzo 2014, p. 11. Si bien en "La aplicación del...", op.cit., p. 3, matiza algo más su postura afirmando que esta medida no resarce el daño producido al otro progenitor o al hijo, por lo que sólo debe adoptarse en los casos de incumplimientos más graves, reiterados e injustificados.

⁶⁴ SAP de Alicante (secc. 4.ª) de 10 de febrero de 2000 (AC 2000\1135). La Audiencia indica que a la vista del contenido de los arts. 154 y 170 CC, se considera que el comportamiento del demandado (que aprovechando el acceso a sus hijos menores con ocasión del ejercicio de derechos de visitas, procedió a «sacarlos» del país trasladándolos a Argelia, a los efectos de impedir todo contacto de los menores con su madre) constituyó un grave incumplimiento de funciones inherentes a la patria potestad en perjuicio de los hijos menores, y ello en tanto en cuanto, al margen de la calificación penal de los hechos, lo cierto es que el citado comportamiento supuso el alejamiento de los niños de su núcleo familiar más próximo vedando toda posibilidad de contacto con su madre y desempeño por la misma de los deberes/derechos inherentes a la patria potestad, con necesaria incidencia en el ámbito de educación y conformación de la íntegra personalidad de los menores, que vieron cercenadas sus posibilidades de formación en el ámbito familiar más próximo que les era propio. El padre alegó que ciertamente se había producido incumplimiento de deberes inherentes a patria potestad, pero sólo uno lo que no justificaba la privación de la patria potestad; sin embargo la Audiencia afirmó la existencia de incumplimiento grave, reiterado y continuado en el tiempo –aproximadamente dos años- que, en función de la edad de los menores, y circunstancias concurrentes, no ha podido sino incidir de forma negativa en los mismos. La Audiencia priva al progenitor de la patria potestad, precisando que esta privación, no es equivalente a extinción, ya que, si las circunstancias se modificasen, podría ser procedente una recuperación de la patria potestad y ello en base a circunstancias que evidencien un cambio radical de conducta del padre y efectiva asistencia de todo orden a los hijos.

Sin embargo esta medida *a priori* me parece extrema por las consecuencias y el significado que tiene y entiendo que sólo debería adoptarse si se probase que es lo más beneficioso para el interés de los niños. Y así lo indica además nuestro Tribunal Supremo en STS de 9 de julio de 2002⁶⁵ que –en un caso en el que el padre de un menor se despreocupó de su hijo y dejó de tener durante un tiempo relación con él– afirma que son los tribunales los que, en cada caso concreto, han de decidir el alcance de los incumplimientos de las relaciones personales de los progenitores con sus hijos, midiendo su gravedad y su reiteración y que, en este caso concreto, la despreocupación y alejamiento temporal del padre no constituía causa suficiente para decretar privación de patria potestad.

Critica también esta tesis RODRÍGUEZ GUITIÁN⁶⁶, quien afirma que esta opción es muy discutible si pensamos que el criterio directriz en materia de familia y en la institución de la patria potestad, es el beneficio del menor y en la mayoría de los casos el interés del menor pasa por la relación con ambos progenitores.

2. Relevancia en el proceso civil sobre el incumplimiento del régimen de relaciones personales de la alegación de la falta de deseo del menor de relacionarse con su progenitor

Comenzamos este estudio afirmando que cualquier medida adoptada respecto a las consecuencias de la infracción del régimen de relaciones personales de los progenitores con sus hijos menores, debería estar presidida por un principio general del Derecho, plasmado en nuestra Constitución y en nuestras normas nacionales, así como en las internacionales: el principio *favor filii o favor minoris*. Y es precisamente llegados a este punto cuando debemos preguntarnos qué ha de entenderse por “interés del menor”⁶⁷. Encontramos en la doctrina diversas tesis que tratan de dar respuesta a esta cuestión⁶⁸:

- 1.^a Identificar el interés del menor con sus propios gustos, deseos o preferencias⁶⁹.

⁶⁵ STS 9 de julio de 2002 (RJ 2002/5905).

⁶⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Thomson Cívitas, Madrid, 2009, p. 272.

⁶⁷ FERRER RIBA, “Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña”. Revista Derecho Privado y Constitución, núm 7, septiembre-diciembre, 1995, p. 54, pone de manifiesto cómo la determinación de en qué consiste el interés del menor es un tema muy espinoso, que constituye la piedra de toque de la idea misma de “los derechos del menor”.

⁶⁸ Así lo afirma también la SAP de Cuenca de 31 de marzo de 1999 (AC 1999, 4408), que en su Fundamento de Derecho Segundo señala: “(...) con relación al principio del «favor filii», una tendencia tradicional sitúa el interés del hijo en la perfección de su educación, concebida fundamentalmente desde arriba e impuesta al niño por quien dirige su vida, no tomándose en consideración la voluntad y parecer personal del hijo, como expresión de su interés, por poco formada. Otra tendencia, en cambio, identifica el interés del hijo con sus gustos y sus deseos. Finalmente, una tercera posición intermedia, trata de equilibrar el aspecto autoritario de la primera con las necesidades y tensiones afectivas, administradas ambas con ponderación, teniendo en cuenta que el niño de corta edad necesita más la estabilidad emocional, y la libertad es en cambio más necesaria para el adolescente, por lo que el interés del hijo, desde esa perspectiva, iría en función de su edad y de su personalidad”.

⁶⁹ Como señala RIVERO HERNÁNDEZ, El interés del menor. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 98 y 99, esta tesis no es aceptable ya que el interés del menor no consiste en acceder a cuanto pida, ni en atender, en todo caso, a su opinión y sentimientos, puesto que es necesario atender a su edad, madurez, criterio independiente y al carácter objetivamente valioso y razonable de su opinión.

2.^a Entender que el interés del menor está en función de su edad y personalidad, de modo que un niño de corta edad necesita mayor estabilidad emocional, mientras que un adolescente precisa de más libertad⁷⁰.

3.^a Afirmar que el interés del menor concierne a su perfecta educación impuesta por quienes dirigen su vida, sin necesidad de tomar en consideración su voluntad, al entenderse que estará poco formada.

4.^a Distinguir entre el interés moral y el interés material del menor. El primero vendría dado por una completa y eficiente formación espiritual, psicológica y educativa, teniendo en cuenta la edad del niño ya que, en la primera infancia necesita de un particular cuidado y afectividad constante. Por el contrario, el interés material se pondría de manifiesto por la posición económica del sujeto al que se le atribuye la guarda y custodia del menor. En principio, el interés moral debe prevalecer sobre el material, pero lo ideal sería conciliar ambos⁷¹.

Por mi parte, entiendo que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado y que es imposible precisar *a priori*, para cualquier hipótesis que se pudiera plantear, en qué consiste “el interés del menor”. Tal y como indica GUILARTE MARTÍN-CALERO⁷², se requiere una valoración y una ponderación de las circunstancias concretas que, en cada caso, deberá realizar el juez, utilizando distintos criterios de integración que le permitan adoptar la decisión que mejor proteja el concreto interés de ese menor en particular.

Señala con sumo acierto RIVERO⁷³ que intentar acotar este principio, generaría grandes riesgos. Por ello, comparto en este punto las palabras de VELA SÁNCHEZ⁷⁴ en el sentido de que hay que reconocer que la técnica del concepto jurídico indeterminado brinda ventajas e inconvenientes. Ciertamente, respecto de su aspecto positivo se debe subrayar el hecho de que ofrece la eventualidad de adaptar el problema en cuestión al supuesto específico que se pretende resolver, de manera que no se imponen al encargado de aplicar la norma jurídica unos parámetros determinados, sino que dicho aplicador posee un ámbito de actuación flexible que le permite valorar, de acuerdo a las circunstancias concurrentes, la concreción del interés superior del menor en función de las características intrínsecas de cada persona interesada o de los hechos acaecidos. En contrapartida, el aspecto negativo de la indeterminación del concepto jurídico de interés superior del menor radica en la prevalencia, a la hora de delimitar su virtualidad y eficacia, del criterio más o menos subjetivo del intérprete, lo que provoca que el fallo propuesto se realice desde una perspectiva marcadamente personal, extremo que podría traducirse en la existencia de una indeseable inseguridad jurídica.

⁷⁰ Así se señala en la SAP de Almería de 31 de mayo de 2003 (JUR 2003, 152845), que señala en su Fundamento de Derecho Segundo: “prima sobre otros el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula a los Órganos Jurisdiccionales, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, como reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto”.

⁷¹ ZANON MASDEU, La guarda y custodia de los hijos, Bosch, Barcelona, 1996, p. 41.

⁷² GUILARTE MARTÍN-CALERO, La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

⁷³ RIVERO HERNÁNDEZ, “El derecho de...”, op.cit., pp. 28 y ss.

⁷⁴ VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. Diario La Ley (digital), núm. 8162, 2013.

En suma, partiendo de la premisa de que estamos ante un derecho cuyos titulares son los progenitores, pero también el menor y que cualquier medida que se tome debe buscar proteger el mejor interés de éste, debemos centrarnos ya en el problema concreto que nos ocupa y discernir si la mejor defensa del interés del menor –tanto en la vía civil como en la penal– exige tomar en consideración su voluntad respecto al régimen de relaciones personales con sus progenitores y en el caso de hacerlo, si ésta tendrá o no carácter vinculante.

A mi modo de entender, a la hora de procurar la mejor defensa de los intereses de los niños en este punto, la voluntad del menor debe ser tomada en consideración por nuestros Tribunales –lo que no significa que deba acatarse en todo caso–, atendiendo fundamentalmente a dos criterios: la existencia de una causa justificada para la negativa a relacionarse con su progenitor, así como la edad que dicho menor tenga.

2.a. Justificación de la negativa.

El que los padres sean, junto con el menor, titulares del derecho a las relaciones personales entre ellos, no implica tener siempre la facultad de ejercitarlo, sino que dicho ejercicio estará siempre y en todo caso subordinado al interés del niño. Es ésta la razón por la que si el menor se niega a relacionarse con alguno de sus progenitores, habrá que analizar la causa que motiva tal negativa.

2.a.1. Negativa justificada. En primer lugar he de referirme a aquellos casos en los que la negativa del menor a relacionarse con su progenitor tiene una causa justificada (v.g. los malos tratos físicos o psíquicos a los que le somete cuando se producen las relaciones personales; el estado de embriaguez o drogadicción en el que se encuentra el progenitor durante dichas relaciones; las malas condiciones del lugar de residencia del progenitor no custodio, etc.). En estos supuestos, la simple negativa del menor no justifica el impedimento a que se produzcan las relaciones personales con su progenitor, sino que para que dicha negativa tenga trascendencia jurídica, el otro progenitor deberá acudir al órgano judicial competente y, dado que el interés del menor es el bien jurídico que prioritariamente se trata de proteger, si se prueban circunstancias que vulnerarían la tutela de dicho interés, el juez podrá avalar esa negativa del niño, y modificar o incluso suspender o eliminar el régimen de relaciones personales con su progenitor⁷⁵.

En otras palabras, la simple negativa del menor no justifica que el otro progenitor se quede de brazos cruzados y permita que su hijo no se relacione con su padre o con su madre. Recordemos que las relaciones personales con los hijos son un derecho pero también un deber en beneficio de los padres, pero sobre todo en interés del niño y ambos progenitores deben facilitar que las relaciones del otro con su hijo se puedan llevar a cabo, salvo que existan causas justificadas que aconsejen lo contrario y siempre, en este último caso, debiendo acudir al juez para probarlas y que sea éste el que tome las decisiones más adecuadas para el interés del menor.

No oculto que esta opción presenta un inconveniente y es que no contamos con una lista de causas que por sí mismas puedan ser consideradas justificadas para avalar la negativa del menor a relacionarse con alguno de sus progenitores. Por ello, serán los Tribunales los que analizando las circunstancias presentes en cada caso concreto, deberán considerar cuándo una causa es justificada o cuándo no lo es.

⁷⁵ Esta opción es una de las hipótesis que parecen plantearse también la SAP de Las Palmas (secc.6.ª) de 18 de junio de 2013 (JUR 2013\247632) o la SAP de Burgos (secc. 1.ª) de 21 de febrero de 2013 (JUR 2013\123841).

Precisamente la tesis que acabo de exponer es la que se infiere de la sentencia que ha dado pie a este estudio, de 24 de octubre de 2014. Recordemos que el juzgado manifiesta que, partiendo de la base de que el régimen de visitas constituye un auténtico derecho del menor, que ambos progenitores están obligados a cumplir en beneficio del mismo, mientras él no pueda decidir libremente, el hecho de que el niño no quiera ver a su madre no exime de responsabilidad al padre, ya que con 13 años no tiene aún edad suficiente como para valorar si quiere o no estar con su progenitora; igual que el menor no puede incumplir la obligación de ir al colegio, tampoco puede incumplir el régimen de visitas y las mismas medidas que el padre adoptaría en el primer caso, debería tomar también en el segundo. Se afirma además en esta Sentencia, que la obligación de cumplir el régimen de visitas se ha impuesto al padre como titular de la custodia del menor y en consecuencia, es él el que debe adoptar todas las medidas necesarias para que el menor sea entregado a su madre en los momentos estipulados en la sentencia, hasta que el niño sea mayor de edad, o bien hasta que se produzca judicialmente un cambio en el régimen de visitas establecido.

En este mismo sentido, la SAP de Barcelona de 5 de diciembre de 2000⁷⁶ indica que la madre a la que se ha atribuido la custodia de una menor, en su cualidad de garante de la educación de su hija, está obligada a observar, siendo de esperar que si la niña le dice que no desea ir al colegio, o no desea comer, ni ducharse, ni atravesar las calzadas con los semáforos en verde sino en rojo, observe mayor diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones como educadora que las que observa respecto de las obligaciones derivadas del cumplimiento de las resoluciones judiciales, siendo patente que, en el caso de que un menor manifieste su oposición al cumplimiento de sus obligaciones como los ejemplos antes traídos a colación, es precisamente quien ostenta su guardia y custodia, quien está llamado a hacérselas cumplir.

La SAP de Cáceres (secc. 2.ª) de 14 de mayo de 2004⁷⁷ apoya la tesis señalada, al indicar que si la madre considera que en el momento actual las medidas adoptadas judicialmente respecto a las relaciones personales con el padre ya no son buenas para el menor, lo que tiene que hacer es acudir al procedimiento de modificación de medidas en el que, tras valorarse el interés del menor y las circunstancias concurrentes, se decidirá si se mantienen o se modifican.

Por su parte, la SAP de Burgos (secc. 1.ª) de 21 de febrero de 2013⁷⁸, señala que la resolución judicial que establece a qué progenitor corresponde la guarda y custodia del menor y fija un régimen de relaciones personales con el otro progenitor, impone al progenitor custodio un comportamiento activo de convencer a los hijos para que se relacionen con el otro, no dejando que estas relaciones puedan quedar simplemente al arbitrio de los deseos del niño.

⁷⁶ SAP de Barcelona de 5 de diciembre de 2000 (JUR 2001\93748). Igualmente en la SAP de Barcelona (secc. 7.ª) de 14 de febrero de 2009 (JUR 2009\396941) se indica que, en el caso que se enjuicia, el régimen de visitas se estableció teniendo en consideración, que el menor presentaba “rechazo a su padre”, lo que ya conocía la madre, quien viene obligada a favorecer que se cumpla el régimen de visitas, que no sólo es un derecho del padre sino del menor. La progenitora ocupa así una posición de garante, puesto que se trata de un menor sobre el que ostenta la guarda y custodia.

Por su parte, la SAP de Tarragona (secc. 4.ª) de 28 de mayo de 2007 (JUR 2007\277260), sostiene que el alegato de la madre acerca de que la menor no quiere ir con su padre es jurídicamente inadmisibles; no puede dejarse a decisión de un menor de edad el cumplimiento de una resolución judicial y desde luego la actitud de la madre pone en tela de juicio su capacidad para ejercer el régimen ordinario de guarda y custodia de su hija menor y ello porque ¿qué ocurriría si la menor se niega a ir al colegio? ¿o si quiere salir todos los días hasta altas horas de la mañana? ¿o si se niega a comer? No es razonable pretender utilizar como escudo y justificación de la conducta de un mayor de edad la voluntad del menor.

⁷⁷ SAP de Cáceres (secc. 2.ª) de 14 de mayo de 2004 (JUR 2004\174562).

⁷⁸ SAP de Burgos de 21 de febrero de 2013 (JUR 2013\123841).

Y de nuevo podemos traer aquí a colación el caso al que he aludido en páginas precedentes, en el que una sentencia del Juzgado de lo penal núm. 1 de Sevilla de noviembre de 2014, condena a una madre andaluza (víctima de violencia de género, reconocida por los Tribunales) a 6 meses de prisión, por no cumplir el régimen de visitas de su hija de 14 años con el padre, alegando que la niña no quería verle y que sufría crisis nerviosas y pensamientos suicidas, simplemente al pensar que tenía que estar con su padre. El juzgado entendió que no había causa que justificase la negativa de la niña y que por lo tanto la madre tenía que haberla obligado a relacionarse con su padre. Debo simplemente apuntar aquí que discrepo del criterio judicial en este caso, dado que me parece más que justificada la negativa a relacionarse con su padre, de una niña de 14 años que ha vivido personalmente las situaciones de maltrato de su padre hacia su madre –maltrato probado y por el que su progenitor fue condenado–, y que además manifiesta que su padre y la familia paterna –con los que tuvo que convivir cuando le fue otorgada la guarda y custodia a su padre, como he indicado anteriormente– intentan constantemente influenciar su voluntad en contra de su madre. Lo que sucede es que la madre en estos casos, lo que debería hacer es acudir al juez y solicitar que se modifique el régimen de relaciones personales, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

2.a.2. Supuestos en los que la negativa del menor no tiene una causa que pueda considerarse justificada. Puede acontecer, que el niño no desee las relaciones con uno de sus progenitores influenciado negativamente por el otro o por su entorno (en otras palabras, que se encuentre dentro de lo que se denomina por los especialistas, síndrome de alienación parental)⁷⁹; o que simplemente no quiera relacionarse con su padre o con su madre por un simple capricho o por mera comodidad. Recordemos una vez más que el fin último de estas medidas es la protección del interés del menor y que se considera que sus intereses y su desarrollo emocional se verán favorecidos por la relación con ambos progenitores, salvo que exista una causa justificada que lo impida. Por ello, en este caso, cuando el niño, sin causa justificada, se niega a relacionarse con su padre o con su madre, lo que no podrán hacer los progenitores es tomar ellos mismos las decisiones en cuanto al régimen de relaciones personales fijado ya por un juez, sino que tendrán que acudir nuevamente a los Tribunales.

Así, por ejemplo, el progenitor no custodio podría acudir al juez y probar que la negativa del niño se debe a una indebida manipulación de su voluntad por parte del progenitor custodio o de su entorno y, una vez constatado fehacientemente este hecho, el juez, velando por ese interés del niño, debería ordenar un progresivo régimen de relaciones personales, en el que primero se produjese una comunicación sin contacto físico (cartas, llamadas, etc.), para pasar posteriormente a un régimen de visitas gradual, pero siempre con ausencia del otro progenitor (*v.gr.* en un punto de encuentro familiar, con el apoyo de los especialistas allí presentes) y para finalizar, una vez que los especialistas determinen que el niño está preparado psicológicamente, otorgar ya un régimen de relaciones personales amplios en el que se incluyan las estancias y las pernoctas.

Y respecto al progenitor custodio, puede enfrentarse a dos tipos de situaciones. En primer lugar, los supuestos en los que el menor por mero capricho o comodidad manifiesta que no quiere ir con su padre o con su madre, pero una vez que el custodio le indica la obligatoriedad de hacerlo, aunque sea a regañadientes, lo asume y el régimen de relaciones con su otro progenitor se desarrolla con absoluta normalidad, sin que el niño manifieste ningún tipo de problema psíquico o de comportamiento grave. O, en segundo término, aquellos otros casos en los que el progenitor custodio se encuentra con que su hijo, sin causa justificada, no quiere relacionarse con el otro

⁷⁹ Así se planteaba por ejemplo en la SAP de Barcelona (secc. 18.ª) 17 de abril de 2008 (AC 2008\1056).

progenitor y se producen situaciones de grave tensión psíquica para el menor cada vez que deben llevarse a cabo las relaciones fijadas por el juez con el progenitor no custodio –ataques de histeria, ansiedad, amenazas suicidas, etc.–. En estas hipótesis, entiendo que obligar por la fuerza a irse con el otro progenitor a un niño, que manifiesta esos comportamientos y tendencias, puede ser gravemente perjudicial para sus intereses y para su propio desarrollo emocional. Pero, por otra parte, si dejamos que estas situaciones las valore y decida el progenitor custodio, podremos encontrarnos con situaciones en las que se manipule y se mienta sobre la voluntad del menor para dañar al progenitor no custodio. Por ello, en estos casos en los que se producen esas situaciones de grave tensión psíquica para el menor cada vez que deben llevarse a cabo las relaciones fijadas por el juez con el progenitor no custodio, entiendo que lo que el otro progenitor debe hacer es acudir al juez, para que sea éste el que adopte las medidas pertinentes. A mi juicio, dado que estamos ante casos en los que hemos partido de la base de que la negativa del menor (por mucho que le afecte psicológicamente) está injustificada y teniendo en cuenta que, como ya se ha indicado, las relaciones con ambos progenitores son prima facie beneficiosas para el desarrollo de los niños, lo que el órgano judicial debería hacer aquí también es modificar el régimen de relaciones personales inicialmente acordado y decretar uno nuevo en el que esas relaciones se vayan desarrollando de forma gradual: primero comunicación sin contacto físico (cartas, llamadas, etc.); después visitas sin pernocta (*v.gr.* en un punto de encuentro familiar, con el apoyo de los especialistas allí presentes); y cuando el niño esté preparado psicológicamente, retomar el régimen de relaciones personales inicialmente acordado.

2.b. Trascendencia de la edad del menor.

Entre las resoluciones de nuestros Tribunales respecto al valor que debe darse a la negativa del niño a relacionarse con alguno de sus progenitores, encontramos algunas en las que en lugar de realizar la distinción propuesta entre negativa con causa justificada o no, a lo que atienden es a la edad que tenga el menor. De hecho, en la sentencia del Juzgado de Instrucción número 19 de Madrid, de 24 de octubre de 2014, que ha dado pie a la realización de este estudio, se señala expresamente que un niño de 13 años no tiene aún edad suficiente como para valorar adecuadamente si quiere o no estar con su madre.

Si atendemos a este criterio nos encontramos ya desde el punto de partida con un problema importante ¿a qué edad puede el menor tomar sus propias decisiones en cuanto al régimen de relaciones personales con sus padres? Es comúnmente utilizado a este respecto el criterio de “la madurez” del menor. En este sentido afirma DE LA VÁLGOMA⁸⁰ que cuando usamos este término podemos estar aludiendo a diferentes cosas: madurez cognitiva (capacidad de comprensión), madurez ejecutiva (capacidad de dirigir los comportamientos por metas pensadas y no solamente por el impulso o la recompensa inmediata) y madurez moral (capacidad para distinguir el bien del mal).

Nuestro legislador parece combinar dos premisas a la hora de valorar la voluntad del menor: su edad y/o su madurez⁸¹. Recordemos que, por poner sólo dos ejemplos, la Ley 1/1996, de 15 de

⁸⁰ DE LA VÁLGOMA, *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*. Ariel, Barcelona, 2013, pp. 123 y ss.

⁸¹ Este mismo doble criterio es utilizado por la SAP de León (secc. 3.ª) de 2 de diciembre de 2011 (JUR 2012\7364) al señalar que las visitas de la menor han sido frustradas no por la actitud de la madre sino por la decidida negativa de la niña, que cuenta con doce años de edad y suficiente capacidad de discernimiento, cuya voluntad ha de ser respetada o en otro caso doblegada con el empleo de medios coercitivos, pero sin que sea posible criminalizar a la madre, que no consta realizará una conducta obstruccionista tendente a impedir la efectividad del régimen de visitas. Y también por la SAP de Murcia (secc. 2.ª) de 9 de julio

enero, de protección jurídica del menor, establece que el menor debe ser escuchado en aquellos procesos que le afecten y el art. 770.4 LEC dispone que se debe oír a los menores si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a partir de los doce años de edad. Ello nos plantea tres nuevos problemas:

1º) Discernir el carácter imperativo o potestativo de la audiencia al menor por el juez. En unos casos parece señalarse que sólo se escuchará al menor si el juez lo considera necesario, mientras que en otros se utilizan términos imperativos respecto a dicha audiencia. Comparto en este punto las afirmaciones vertidas por MARÍN LÓPEZ⁸². Afirmo este autor que podrían defenderse varias interpretaciones respecto del carácter de la audiencia por el juez a los menores: Primera.- Si el menor tiene más de doce años, habrá que oírlo siempre (audiencia imperativa), pero si es menor de esa edad y tiene juicio suficiente, deberá ser oído si el juez lo considera necesario. Segunda.- Tenga o no el menor más de doce años, la audiencia se producirá cuando el juez estime que el menor tiene juicio suficiente y, además, la considere necesaria. Tercera.- Tenga o no el menor más de doce años, la audiencia se producirá cuando el juez estime que el menor tiene juicio suficiente (siempre lo tendrá si tiene más de doce años) y, además, la considere necesaria. Es precisamente esta última interpretación la que, al igual que al autor expuesto, me parece más acertada.

2º) Determinar cuándo un menor tiene suficiente juicio o no. Siguiendo nuevamente a MARÍN LÓPEZ⁸³, en términos generales, cabe afirmar que el menor tiene juicio suficiente cuando posee una capacidad de entender y querer de forma razonada que le permite manifestar una opinión coherente y de acuerdo a sus intereses⁸⁴. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya existencia además debe valorarse en relación con la concreta decisión que se pretende adoptar⁸⁵.

3º) Atribuir carácter vinculante o no a la opinión manifestada por el menor. Aunque el juez deba escuchar a los menores con suficiente juicio, o que sean mayores de doce años, entiendo que eso no significa, al igual que acontece en muchos otros preceptos de nuestra legislación, que aquél se vea constreñido a hacer lo que el menor le diga, sino que lo único que implica es que el juez deberá valorar su voluntad junto con el resto de pruebas y alegaciones que se planteen en el proceso y la decisión final, que ha de velar siempre por el interés del menor, corresponderá al órgano judicial⁸⁶. Adoptando este mismo criterio, la SAP de León (secc. 3ª) de 29 de julio de

de 2008 (JUR 2008\345140) al afirmar que debe respetarse la decisión libre y voluntaria de un menor que cuenta ya con catorce años.

⁸² MARÍN LÓPEZ, M.J., "La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de separación y el divorcio". RDPC, núm. 23, 2009, p. 260.

⁸³ MARÍN LÓPEZ, M.J., "La audiencia del ...", op.cit., p. 258.

⁸⁴ Indica además, GARCÍA MEDINA, "Crisis matrimoniales y derechos de los menores". Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales (coord. Guilarte Martín-Calero). Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 238, que "suficiente juicio" es un concepto que se refiere más al desarrollo mental y psíquico del menor, que a la propia edad.

⁸⁵ Afirmo ARANGÜENA FANEGO, "La diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales". Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales (coord. Guilarte Martín-Calero). Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 149, que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que en cuanto tal introduce un cierto grado de inseguridad poco deseable.

⁸⁶ En esta misma línea de entendimiento se pronuncia ACUÑA SAN MARTÍN, Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Madrid, Dykinson, 2015, p. 131, al afirmar que las opiniones del menor pueden tener alguna incidencia en el tiempo, el lugar y el modo de ejercicio del derecho; o puede simplemente ser oído y su opinión no ser considerada y no afectar en nada a la configuración del derecho.

2011⁸⁷, –ante las alegaciones de una madre que incumple el régimen de visitas fijado entre un menor y su padre, alegando que es el niño el que se niega a ver a su progenitor– se sostiene por la Audiencia que el menor no puede decidir por sí mismo, porque tiene doce años y no ha adquirido un suficiente grado de madurez.

En suma, el juez debería conectar los criterios mencionados hasta aquí: la edad del menor, en relación con su madurez –en las tres vertientes antes señaladas– y la justificación o no de la negativa de ese menor con madurez a relacionarse con su progenitor, de modo que si la negativa de ese menor maduro está justificada –en el sentido expuesto en el punto anterior–, puedan suspenderse las relaciones personales del progenitor con su hijo, mientras que si no lo está, el juez deberá establecer mecanismos no traumáticos para el niños a través de los cuales se produzcan las relaciones personales de forma gradual y progresiva.

En la práctica, nuestra jurisprudencia menor alude a la adolescencia –fijada alrededor de los quince años de edad– como el momento en el cual los jueces otorgan a los menores mayor poder decisorio respecto del régimen de relaciones personales con sus padres, llegando a afirmar que cuando un menor adolescente se opone a relacionarse con alguno de sus progenitores, ejecutar la medida sería imposible⁸⁸. Así la SAP de Tarragona (secc. 4.ª) de 29 de abril de 2013⁸⁹ afirma que los deseos de los menores simplemente alegados por la madre y exentos de cualquier otra acreditación, no pueden justificar un incumplimiento de quien tiene atribuida su guarda y custodia. Ello podría ser así en aquellos casos de menores adolescentes cuya voluntad es indoblegable, en los que evidentemente la responsabilidad del progenitor custodio no es la misma que en caso de menores no adolescentes, no justificándose en el primer supuesto que la oposición de los menores (que concretamente en el supuesto enjuiciado tenían cinco y diez años de edad) exima a quien tiene su custodia de contravenir la voluntad de éstos y no responder al mero capricho de los mismos, ya que su edad implica un grado de madurez insuficiente para tomar sus propias decisiones.

3. Posibilidad de indemnización del daño moral sufrido como consecuencia del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre padres e hijos

Llegados a este punto, podríamos avanzar un paso más y preguntarnos si sería posible solicitar una indemnización por daño moral, con base en el art. 1902 CC⁹⁰, en los casos en los que un

⁸⁷ SAP de León (secc. 3.ª) de 29 de julio de 2011 (JUR 2011\356870).

⁸⁸ Y así lo constata TRICHANT BLASCO, Memento práctico civil 2009. Familia y sucesiones. Madrid, Francis Lefebvre, 2009, 398.

⁸⁹ SAP de Tarragona (secc. 4.ª) de 29 de abril de 2013 (JUR 2013\241858).

⁹⁰ Obvia decir, que también con base en este precepto podrá solicitarse la indemnización de los daños patrimoniales que el incumplimiento del régimen de relaciones personales haya podido causar (vg. coste de billetes de avión o estancias en hotel que no se han podido usar; contratación de una canguro para cuidar de los niños en el periodo en el que deberían haber estado con el otro progenitor, etc.). Y así lo han sostenido también nuestros Tribunales en algunos de sus pronunciamientos, como acontece en la SAP Barcelona (secc. 12.ª) de 14 de junio de 2005 (JUR 2005\176426), en la que se condena al progenitor no custodio que no se llevó a sus hijos durante el periodo vacacional que le correspondía, a abonar a la madre la cantidad de 6 euros diarios por la manutención de cada uno, así como el coste de la contratación de una canguro para que cuidara de los niños, afirmando la Audiencia que se trataba de gasto ineludible, en nada caprichoso y necesario para la debida atención de los menores, que ha de ser imputado al padre, por su incumplimiento del régimen de visitas y como forma de paliar, en la cuantía señalada, los perjuicios irrogados a la madre. No obstante, también encontramos pronunciamientos contrarios a la indemnización de los daños materiales en estos casos; así la SAP de Murcia (secc.1.ª) de 30 de enero de 2001 (JUR 2001\219493), que entiende que en su caso las consecuencias o efectos dimanantes del incumplimiento del régimen de visitas, no pueden concretarse en una indemnización económica, sino que tales efectos sólo podrían tener incidencia en el ámbito de la patria potestad (suspensión o privación de la misma) o en la posibilidad de la modificación o cese de tal régimen de visitas.

progenitor no hace uso del régimen de relaciones personales con su hijo fijado judicialmente, e incluso también en aquellos otros supuestos en los que el progenitor custodio impide o dificulta el ejercicio de dicho derecho por el otro.

Tal y como indican MARÍN GARCÍA y LÓPEZ RODRÍGUEZ⁹¹ la mayoría de reclamaciones por privación indebida de la compañía de los hijos se han residenciado en el orden contencioso-administrativo, por dirigirse las demandas contra la Administración Pública por privación injustificada de la patria potestad o guarda y custodia de los hijos. Las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra un particular por este concepto son todavía casos aislados, sobre todo cuando se trata de reclamaciones de indemnizaciones entre progenitores, respondiendo la reticencia de los antiguos cónyuges a someter a un Tribunal esta clase de disputas, a valores tales como la preservación de la privacidad y el mantenimiento de la paz familiar.

Nuestra doctrina no se ha ocupado prácticamente del estudio de esta cuestión, pero podemos decir que los autores que sí lo han hecho, admiten la posibilidad de aplicación de la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 CC para fundamentar la indemnización por daño moral a la que puede tener derecho un progenitor cuando se le priva injustificadamente de la posibilidad de relacionarse con su hijo, así como la que pueda corresponder al hijo por esta causa, o en los supuestos en los que el progenitor no custodio no ejerce el derecho de visitas que se le ha reconocido. En este sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN⁹² afirma que con estos incumplimientos se está lesionando un derecho subjetivo del niño, que es precisamente el derecho de visita, pero también su integridad psíquica, ya que el mantener contactos y relaciones con los dos progenitores es indispensable para su formación como persona y para su equilibrio psíquico y afectivo. De la lesión de tales derechos –continúa la autora– surgen daños morales que, de acreditarse, pueden ser objeto de indemnización al amparo del art. 1902 CC. Y adoptan también esta misma tesis otros autores como MARÍN GARCÍA DE LEONARDO⁹³, RIVERO HERNÁNDEZ⁹⁴, ROMERO COLOMA⁹⁵ o SAINZ-CANTERO CAPARRÓS⁹⁶.

Matiza DÍAZ MARTÍNEZ⁹⁷ que frente al sistema de multas coercitivas penales, los remedios indemnizatorios repercuten directamente en el patrimonio de la víctima, lo que además de cumplir una finalidad estrictamente reparadora, permitiría reforzar la función preventiva o disuasoria del Derecho de daños, respecto de los incumplimientos de un progenitor. Ahora bien –como indica esta autora– no debe pasarse por alto que cuando la posición económica del incumplidor es buena, así como en los casos de ausencia de patrimonio, puede resultar más eficaz el sistema indicado en el punto anterior de cambios en el régimen de custodia; además, los remedios indemnizatorios no siempre son los más coherentes con el verdadero interés en juego, el interés del menor, por lo que propone esta autora que siempre que sea posible deberá

⁹¹ MARÍN GARCÍA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”. In Dret, abril 2010, p. 17.

⁹² RODRÍGUEZ GUITIÁN, Responsabilidad civil en..., op.cit., 2009, pp. 272, 273 y 275.

⁹³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Aplicación del Derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”. Daños en el Derecho de Familia (coord. DE VERDA Y BEAMONTE). Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 198 a 201.

⁹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, El derecho de..., op.cit., 1996, p. 301.

⁹⁵ ROMERO COLOMA, “Daños en relación con el derecho de visitas”. AJA núm. 812/2011 (digital), parte comentario, p. 1 y 2.

⁹⁶ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, “La tipicidad de los daños intrafamiliares en la jurisprudencia española. Necesidad y oportunidad de la tutela aquiliana en el ámbito familiar”. La Ley 6602/2014 (digital), Práctica de Derecho de Daños, n.º 121, secc. Estudios, p. 20.

⁹⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, “Resarcimiento de daños...”, op.cit., pp. 1 a 9.

instarse previamente la ejecución de las medidas, de modo que la vía del art. 1902 CC deberá ser subsidiaria.

En cuanto a nuestros órganos judiciales, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse respecto de esta cuestión la STS –sala de lo civil– de 30 de junio de 2009⁹⁸. El Tribunal reconoce el derecho del padre a ser indemnizado por el daño moral que ha sufrido y en los Fundamentos de Derecho 2.º a 6.º de la Sentencia –que por su gran trascendencia extracto y transcribo en parte– afirma:

“Don (...) ha ejercido la acción de responsabilidad civil extracontractual por incurrir los demandados en la infracción del artículo 1902 CC. Es cierto que en realidad la demandada ha infringido, al menos, una obligación legal impuesta a los progenitores titulares de la patria potestad en el artículo 160 CC que establece el derecho de los progenitores a relacionarse con el hijo, pero al haberse ejercitado la acción por responsabilidad extracontractual, la Sala, en virtud del principio de congruencia, debe resolver sobre el plazo de prescripción de la acción realmente ejercitada (...) Debemos examinar, por consiguiente, los requisitos que esta Sala ha venido exigiendo para la existencia de la obligación de responder de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1902 CC. El primer requisito exigido consiste en la concurrencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia (...) Dª (...) efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar, impidiendo que el menor, su hijo, pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el artículo 160 CC, y en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre (...) El segundo elemento que hay que estudiar es si concurre o no daño (...) El daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad del ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia (...) sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor (...) Este tipo de daños ha empezado a ser considerado en diferentes Tribunales como fuente de la indemnización. El Tribunal de Roma, en sentencia de 13 junio de 2000, en un caso de incumplimiento reiterado del derecho de visitas, condenó a la madre a indemnizar al padre por haberlo impedido y consideró que el derecho de visita del padre no guardador constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo (...) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) condenó a Alemania (caso Elholz vs Alemania,

⁹⁸ En este caso se planteaba el siguiente supuesto de hecho: una pareja tuvo un hijo. Pasado un tiempo la madre se adhiere a la Iglesia de la Cienciología y termina desplazándose a vivir con el niño a Florida, denunciando el padre este hecho. A petición de dicho padre, el Juzgado acuerda como medida cautelar la atribución de la guarda y custodia del niño a su favor, por existir sospechas de que la convivencia con la madre podría afectar a la personalidad del menor. El progenitor intentó la ejecución de la resolución judicial en EEUU, y solicitó en diversas ocasiones ayuda a varios organismos españoles, pero el resultado fue infructuoso. Finalmente el padre demandó a la madre y a la Iglesia de la Cienciología, solicitando, por la vía de la responsabilidad extracontractual, una indemnización de 35 millones de pesetas, por los daños morales que los hechos descritos le habían producido.

Esta Sentencia STS –sala de lo civil– de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/5490) ha sido objeto de comentario por varios autores: BOSQUES HERNÁNDEZ, “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”. *CCJC*, núm. 83, mayo-agosto 2010, pp. 885 y ss.; MARÍN GARCÍA, “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”. *CCJC*, núm. 84, septiembre-diciembre 2010, pp. 1369 y ss.; RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)”. *ADC*, tomo LXII, 2009, fasc. IV, pp. 1825 y ss.; ROMERO COLOMA, *La indemnización entre cónyuges, excónyuges y parejas de hecho*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 13 y ss.; y RUÍZ JIMÉNEZ y TEJEDOR MUÑOZ, “Indemnización de los daños morales sufridos por uno de los progenitores al ser privado por el otro de relacionarse con su hijo”. *RCDI*, núm. 718, 2010, pp. 805 y ss.

Criticando el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción que hace el Tribunal Supremo en esta Sentencia: LLAMAS POMBO, “Privación de relaciones paternofiliales y prescripción”. *La Ley* (digital), núm. 77, Sección Editorial, Diciembre 2009, p. 2. En general, sobre el plazo de prescripción y los daños continuados en estos supuestos puede leerse PANIZA FULLANA, “Filiación impugnada: prescripción y daños continuados”. *Aranzadi Civil* (digital), núm. 9, 2010 (comentario), pp. 1 a 6.

sentencia de 13 de julio de 2000 por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo) en un caso en el que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años, que sufría el síndrome de alienación parental (...) 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 (...)El tercer elemento para el nacimiento de la obligación de responder es la relación de causalidad, entendida en este caso no tanto como causalidad física, sino en el sentido de causalidad jurídica, con la utilización de los criterios de imputación objetiva, que esta Sala ha venido utilizando (...) Aplicando estos criterios al presente caso, debe señalarse que el daño debe imputarse jurídicamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que le había sido atribuida a éste la guarda y custodia en la sentencia citada.”

Más recientemente, en la STS de 31 de enero de 2013⁹⁹, concretamente en su Fundamento de Derecho Segundo, nuestro Tribunal Supremo recuerda que “*ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio (ver, entre otras, Sentencias Johansen contra Noruega de 7 de agosto 1996, y Bronda contra Italia de 9 de junio 1998); de donde concluye el Tribunal que «el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio».* Como precisa la sentencia de esta Sala de 30 de julio de 2009, al resolver sobre una demanda del padre por incumplimiento del régimen de visitas por parte del cónyuge custodio, en realidad, el Tribunal Europeo no condenó al otro progenitor sino al Estado alemán. Pero de estas sentencias se debe extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (sentencia coincidente con la STEDH de Estrasburgo, Sala 1.ª, de 11 de julio de 2000, caso Ciliz vs Países Bajos). 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”.

En lo que respecta a nuestra “jurisprudencia menor”, los pronunciamientos referidos a esta materia son escasos y además, no encontramos una doctrina unánime en los mismos:

- Algunas Audiencias reconocen la posibilidad de indemnizar ex art. 1902 CC los daños morales causados al progenitor al que se le impide disfrutar de la compañía de sus hijos. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, la SAP de Madrid (secc. 11.ª) de 21 de junio de

⁹⁹ STS de 31 de enero de 2013 (RJ 2013\927).

2001¹⁰⁰, la SAP de Cádiz (secc. 2.ª) de 8 de abril de 2002¹⁰¹, la SAP de Navarra (secc. 2.ª de 25 de enero de 2006¹⁰², la SAP de Madrid (secc. 1.ª) de 3 de julio de 2008¹⁰³, la SAP de Tarragona de 27 de octubre de 2008¹⁰⁴, o la SAP de La Coruña (secc. 2.ª) 14 de octubre de 2011¹⁰⁵.

• Por el contrario, otras Audiencias niegan tal opción afirmando que el derecho de visita y el derecho en general a relacionarse con los hijos que se otorga a los progenitores, es una obligación y un derecho personalísimo y el ordenamiento ya ha previsto sus propias consecuencias para el caso de incumplimiento. Así, la SAP de Murcia (secc. 1.ª) de 30 de enero de 2001¹⁰⁶, o la SAP de Valencia –secc. 11.ª– de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006/207982)¹⁰⁷.

¹⁰⁰ SAP de Madrid (secc. 11.ª) de 21 de junio de 2001 (JUR 2001/252828). Los hechos que desencadenaron el proceso fueron los siguientes: se trataba de un matrimonio con varios hijos, que tenía fijada su residencia en Barcelona y en un momento determinado sufren una crisis que desemboca en la separación conyugal. Pasado un tiempo desde la separación, la madre se traslada a vivir a Madrid con los hijos y el padre interpone entonces una demanda y, entre otras peticiones, reclama una indemnización de 20 millones de pesetas por los daños morales ocasionados al apartarle injustamente de la compañía de sus hijos e impedirle desempeñar las funciones tuitivas que como padre le corresponden, por el hecho de haberse cambiado el lugar de su residencia. Aunque en este supuesto no reconoce el derecho a la indemnización, sí que se afirma que de haberse probado el dolo o la negligencia, la misma podría haber sido posible con base en el art. 1902 CC.

¹⁰¹ SAP de Cádiz (secc. 2.ª) de 8 de abril de 2002 (AC 2002/1064), que reconoce una indemnización por daño moral en un supuesto en el que el padre de una menor quiere ejercitar su derecho a visitarla, pero la madre permanentemente pone trabas impidiéndoselo y entonces el progenitor solicita la indemnización por los daños patrimoniales que le ha supuesto desplazarse de Madrid a Cádiz para ver a su hija –billetes de tren, avión, alojamiento en hoteles– y por los daños morales que le ha causado el que no le dejasen ejercitar el derecho de visita de su hija que tenía reconocido por una resolución judicial.

¹⁰² SAP de Navarra (secc. 2.ª) de 25 de enero de 2006 (JUR 2006\100346), condena al padre de una niña de tres años al pago de 300 euros en concepto de indemnización por el daño moral sufrido por la madre al constatarse que padeció una situación angustiosa, dado que aquél no le entregó a la menor en la fecha fijada. Además la desazón se vio acrecentada al ver que se mantenía la falta de devolución acercándose la fecha prevista para hacer con la niña un viaje a Taiwán, cuya pérdida tanto económica como moral, era considerable; a lo que hay que añadir el trastorno de no poder preparar el viaje con la comodidad, antelación y previsión propios de uno de tan larga distancia y duración, especialmente cuando también lo realiza una niña de tres años. A juicio de la Audiencia ello ha supuesto, sin duda, considerables molestias, que se hubieran evitado si se hubiera devuelto a la niña en la fecha prevista.

¹⁰³ SAP de Madrid (secc. 1.ª) de 3 de julio de 2008 (JUR 2008\283083) que desestima el recurso interpuesto contra una sentencia que condena a una madre –que incumplió reiteradamente el régimen de visitas fijado, impidiendo al padre ver a su hijo durante prácticamente dos años– por un delito del art. 556 CP (desobediencia grave a la autoridad) y le obliga a indemnizar al progenitor con 1.500 euros por los daños morales sufridos.

¹⁰⁴ SAP de Tarragona (secc. 2.ª) de 27 de octubre de 2008 (JUR 2009\78516), condena por un delito de desobediencia y al pago de una indemnización de 2.000 euros por daño moral, a una madre que impidió al padre relacionarse con sus hijos, cambiando continuamente de residencia, sin comunicárselo ni a él ni a la autoridad judicial.

¹⁰⁵ SAP de La Coruña (secc. 2.ª) de 14 de octubre de 2011 (JUR 2012\8460). En este supuesto, tras la ruptura de un matrimonio con una hija menor de edad, se otorgó la guardia y custodia a la madre y se fijó un régimen de visitas en favor del padre que, para hacer efectivo el mismo, debía recoger a la niña en el domicilio materno. La madre cambió posteriormente su domicilio, sin comunicárselo al padre de la niña ni al juzgado, por lo que cuando el hombre fue a recoger a su hija, ésta ya no se encontraba allí y la mujer pretendía que él se desplazase hasta la nueva localidad en la que residían ahora para recoger a la menor. Demandados estos hechos ante los Tribunales penales, se condenó a la madre por la comisión de una falta del art. 618.2 CP, e igualmente al pago de una indemnización de 100 euros al padre de la menor, por el daño moral sufrido.

¹⁰⁶ SAP de Murcia (secc. 1.ª) de 30 de enero de 2001 (JUR 2001/219493), que se refiere a un supuesto en el que el progenitor no custodio no ejercita el régimen de visitas de sus dos hijos fijado en la Sentencia de divorcio y la madre, entre otras cosas, solicita una indemnización por ello. La Audiencia afirma que el incumplimiento del régimen de visitas no puede concretarse en una indemnización económica, sino que tales efectos sólo podrán tener incidencia en el ámbito de la patria potestad (suspensión o privación de la misma) o en la posibilidad de la modificación o cese de tal régimen de visitas.

¹⁰⁷ SAP de Valencia (secc. 11.ª) de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006/207982), en un supuesto en el que tras la ruptura de un matrimonio, la madre obstaculiza e impide permanentemente la relación del padre con su hija, inculcándole un sentimiento

A mi modo de ver¹⁰⁸, de concederse una indemnización por los daños morales que causa a un progenitor la privación injustificada por parte del otro de las relaciones con sus hijos, o incluso por los daños que causa al propio hijo el no poder relacionarse con uno de sus progenitores, dicha indemnización debería encontrar su fundamento precisamente en la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual, dado que entre los progenitores y sus descendientes no existe una relación contractual respecto de esta materia.

Para reconocer el derecho a una indemnización por esta vía, será necesaria la concurrencia de los presupuestos exigidos en general para apreciar la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual:

- Existencia de una acción u omisión. Como indica MORENO¹⁰⁹, el comportamiento que genera el daño en este caso es normalmente omisivo: no se lleva a los niños, no se los recoge, no se permite el acceso a la vivienda en la que éstos se encuentran, no se acude a verlos en el momento fijado, etc.
- Que esa acción u omisión sea antijurídica. Violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del art. 160 CC y del principio general *neminem laedere*.
- Que esa acción u omisión antijurídica haya producido un daño: El daño puede ser material (vg. *el coste que ha tenido para el progenitor no custodio desplazarse hasta el lugar en el que se encuentran sus hijos; o las entradas que había comprado para llevarles al circo; o los billetes de avión y el hotel que había reservado para hacer con ellos un viaje*), o moral. El mencionado daño moral consistirá –de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo a este respecto¹¹⁰– en el sufrimiento psíquico, la zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, padecidos por el progenitor al no poder relacionarse con el hijo, o por el propio hijo al verse privado del contacto con su progenitor. Ese daño debe ser probado suficientemente por quien alegue padecerlo.
- Que se aprecie dolo o culpa en la conducta del agente del daño.
- Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido. La causa, el origen del daño que sufren el progenitor o el hijo, se encuentra en la conducta del otro progenitor que impide o dificulta las relaciones personales, en unos casos, o en el

negativo hacia él, hasta el punto de que esa falta de relación padre-hija desemboca en que la misma, cuando ya tiene 19 años, siga sin querer saber nada de su progenitor. El padre le reclama a la madre una indemnización de 60.000 euros por el daño moral que esta ausencia de relaciones con su hija le ha causado, al vulnerarse su derecho de visita y la Audiencia niega tal pretensión, alegando que para que el daño moral resulte indemnizable es preciso la existencia de una norma jurídica que aplicable al caso concreto dé lugar a la indemnización de daños y perjuicios, y en el presente caso no la hay. Afirmo la Audiencia que el incumplimiento de una obligación legal reconocida en sentencia, cual es el régimen de visitas, no lleva aparejada como sanción civil indemnización alguna porque si el legislador hubiera querido establecer una indemnización por el incumplimiento, por parte de uno de los progenitores, de dicha obligación legal de régimen de visitas así lo habría sancionado. Y añade, además, que por mucho que se amplíe el concepto de daño moral se hace impensable extender sus consecuencias al ámbito de las relaciones familiares, pues cualquier causa de alteración de la convivencia bien matrimonial, bien paterno-filial, bien fraternal, daría lugar a indemnizar, lo que, aparte de no amparado en norma jurídica alguna, se nos antoja ajeno al sentido común.

¹⁰⁸ Tal y como tuve ya ocasión de exponer en COLÁS ESCANDÓN, “Nuevos daños indemnizables: las relaciones de familia”. Derecho de Daños (coord. Herrador Guardia), Sepín, Madrid, 2011, pp. 313 y ss.

¹⁰⁹ MORENO VELASCO, “La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento de régimen de visitas”. Diario La Ley (digital), núm. 7163, Sección Tribuna, 28 abril 2009, p. 2.

¹¹⁰ Recoge ampliamente su doctrina el Tribunal Supremo en la STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089).

comportamiento omisivo del progenitor no custodio que no quiere hacer uso del derecho de relaciones personales que le ha sido concedido.

Concurriendo estos presupuestos, entiendo que nada impide la plena aplicación del art. 1902 CC a la infracción del régimen de relaciones personales, ya que aunque –como he indicado antes– para algunos de estos supuestos la Ley ha previsto ya una sanción específica –suspensión del derecho de visitas, etc.–, la reparación del daño moral causado deberá obtenerse por esta vía.

En lo concerniente al procedimiento a seguir para reclamar la indemnización por el daño moral derivado del incumplimiento del régimen de relaciones personales ex art. 1902 CC, tal y como indica MORENO VELASCO¹¹¹, cabrían tres procedimientos:

- 1.º Hacer uso de los art. 712 y ss. LEC.
- 2.º Acudir a un juicio declarativo según la cuantía de los daños ante los juzgados de primera instancia ordinarios.
- 3.º Solicitar la indemnización de los daños morales en el propio juicio penal (arts. 618, 622 y 116 CP).

Respecto al plazo de prescripción de la acción para reclamar la indemnización de estos daños morales, como ya señaló el Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia de 30 de junio de 2006, nos encontramos ante un daño de carácter continuado, que se produce mientras el niño siga siendo menor de edad, de modo que el plazo de un año de prescripción de la acción deberá computarse a partir del momento en el que el menor cumpla 18 años¹¹².

¹¹¹ MORENO VELASCO, “La indemnización de...”, op.cit., pp. 9 y 10.

¹¹² Quiero simplemente mencionar aquí la propuesta hecha por AMRAM y MAZZILLI, “Insuficiencia de los remedios frente al incumplimiento de las medidas personales respecto de los hijos menores tras la crisis conyugal: una visión comparada de los ordenamientos español e italiano”. La Ley Derecho de Familia 112/2014 (digital), p. 14, que al efectuar un análisis comparado del problema que nos ocupa en el ordenamiento jurídico español y en el italiano, proponen la aprobación por el legislador español de un artículo de contenido similar al art. 709 ter del Código de Procedimiento Civil italiano, ya que ello tendría la ventaja de la reparación integral del daño en el momento mismo de su verificación, logrando así evitarse las desventajas de la instauración de un juicio autónomo de indemnización de daños ex art. 1902 CC, que conlleva, a su entender, además de las incomodidades propias del todo procedimiento y de un injusto alargamiento de los plazos, un retraso importante en la reparación del daño sufrido por la víctima, que se encontraría desprotegida durante un intervalo de tiempo notable, sobre todo en los casos de daños continuados.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA SAN MARTÍN, Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Madrid, Dykinson, 2015.
- AMRAM y MAZZILLI, “Insuficiencia de los remedios frente al incumplimiento de las medidas personales respecto de los hijos menores tras la crisis conyugal: una visión comparada de los ordenamientos español e italiano”. La Ley Derecho de Familia 112/2014 (digital).
- ARANGÜENA FANEGO, “La diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales”. Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales (coord. Guilarte Martín-Calero). Valladolid, Lex Nova, 2009.
- BAUTISTA LÓPEZ, “Cómo resarcir los daños derivados del incumplimiento del régimen de visitas”. AJA núm. 852/2012 (digital) parte comentario.
- BOSQUES HERNÁNDEZ, “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”. CCJC, núm. 83, mayo-agosto 2010.
- CAMPS MIRABET, “El principio del interés superior del niño y el protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados”. Los derechos del niño. Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los derechos del niño (AA.VV), Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.
- CASADO CASADO, “El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal”. RDF (digital), n.º 62, enero-marzo, 2014.
- COLÁS ESCANDÓN,
 - Relaciones personales de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre). Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
 - “Nuevos daños indemnizables: las relaciones de familia”. Derecho de Daños, (coord. Herrador Guardia), Sepín, Madrid, 2011.
- DE LA VÁLGOMA, Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia. Ariel, Barcelona, 2013
- DE PABLO MURILLO, “El incumplimiento del régimen de visitas en el ámbito penal”. Aranzadi Penal, 2002.
- DÍAZ ALABART, “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados”. RDP, Mayo-Junio 2003.
- DÍAZ MARTÍNEZ, “Resarcimiento de daños por incumplimiento de las medidas personales de las sentencias de divorcio: de la reflexión teórica a los tribunales de justicia”. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 1/2012 (digital) parte Comentario.

- ECHARTE FELIU, Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial. Comares, Granada, 2000.
- FERRER RIBA, “Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña”. Revista Derecho Privado y Constitución, núm 7, septiembre-diciembre, 1995.
- GARCÍA MEDINA, “Crisis matrimoniales y derechos de los menores”. Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales (coord. Guilarte Martín-Calero), Valladolid, Lex Nova, 2009.
- GARCÍA PASTOR, “El derecho de visita en circunstancias excepcionales. (SSTS de 22 de mayo y 21 de julio de 1993)”. Act. Civ., 1995-4.
- GAYA SICILIA, “El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos”. ADC, TLV, fasc. I, enero-marzo 2002.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014
- GUTIÉRREZ ROMERO, “Faltas contra las personas. Distinción teórica y práctica de las faltas contra las relaciones familiares: Artículos 618 y 622 CP”. AJA núm. 697/2006 (digital) parte Comentario.
- LLAMAS POMBO, “Privación de relaciones paternofiliales y prescripción”. La Ley (digital), núm. 77, Sección Editorial, Diciembre 2009.
- MAGRO SERVET,
 - “El incumplimiento del régimen de visitas en la reforma del Código Penal por Ley 15/2003, de 25 de noviembre”. Diario La Ley (digital), n.º 5956, sección Doctrina, 17 Feb. 2004.
 - “Incumplimiento del régimen de custodia o visitas de menores: ¿artículo 618.2 o 662 del Código Penal? ¿hace falta un expreso requerimiento previo en el orden civil?”. La Ley Penal (digital), n.º 98/99, sección Práctica penal, noviembre-diciembre 2012.
 - “La diferencia entre el incumplimiento del régimen de visitas y el incumplimiento del régimen de custodia”. Boletín de Derecho de Familia (digital) núm. 39, octubre de 2014.
- MARÍN GARCÍA, “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”. CCJC, núm. 84, septiembre-diciembre 2010.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Aplicación del Derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”. Daños en el Derecho de Familia (coord. DE VERDA Y BEAMONTE). Aranzadi, Pamplona, 2006.
- MARÍN GARCÍA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”. In Dret, abril 2010.

- MARÍN LÓPEZ, M.J., “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de separación y el divorcio”. RDPC, núm. 23, 2009.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “El derecho de visitas en la reciente praxis judicial”. AC, 1994, vol.1.
- MOLLEJA DE LA ROSA, “El derecho de visitas, su incumplimiento por parte del progenitor custodio y la imposición de multas coercitivas”. AJA núm. 862/2013 (digital) parte Comentario.
- MORENO VELASCO, “La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento de régimen de visitas”. Diario La Ley (digital), núm. 7163, Sección Tribuna, 28 abril 2009.
- PANIZA FULLANA, “Filiación impugnada: prescripción y daños continuados”. Aranzadi Civil (digital), núm. 9, 2010 (comentario).
- PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico. (Teoría, praxis judicial y formularios). Comares, Granada, 2002.
- RIVERO HERNÁNDEZ,
 - El derecho de visita. Bosch, Barcelona, 1997.
 - El interés del menor. Dykinson, Madrid, 2000.
- ROCA TRÍAS, “Comentario al artículo 94 del Código Civil”. Comentarios del Código Civil, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, T-I.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN,
 - Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Thomson Cívitas, Madrid, 2009.
 - “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)”. ADC, tomo LXII, 2009, fasc. IV.
 - “Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales”. Tratado de Derecho de Familia (dir. Izquierdo Tolsada y Cuenca Casas), Navarra, Aranzadi, vol. VI, 2011.
- ROMERO COLOMA,
 - “La falta de relación del progenitor con el hijo (o hijos) menor de edad como causa de privación de la patria potestad”. RDF, núm. 36, 2007.
 - La indemnización entre cónyuges, excónyuges y parejas de hecho. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
 - “Daños en relación con el derecho de visitas”. AJA núm. 812/2011 (digital), parte comentario.
 - “Incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor no custodio: problemática jurídica”. Diario La Ley (digital), n.º 7550, sección Tribunal, 19 enero 2011.

- “La aplicación del art. 1902 del Código Civil a los incumplimientos del régimen de visitas”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2013 (digital), parte Comentario.
 - “El cambio de lugar de residencia del hijo menor de edad y su problemática jurídica”. Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 11/2014 (digital), parte Estudio.
 - “Los incumplimientos del régimen de visita y su problemática jurídica”. Diario La Ley (digital), n.º 8267, secc. Doctrina, 10 de marzo de 2014
- RUÍZ JIMÉNEZ y TEJEDOR MUÑOZ, “Indemnización de los daños morales sufridos por uno de los progenitores al ser privado por el otro de relacionarse con su hijo”. RCDI, núm. 718, 2010.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, “La tipicidad de los daños intrafamiliares en la jurisprudencia española. Necesidad y oportunidad de la tutela aquiliana en el ámbito familiar”. La Ley 6602/2014 (digital), Práctica de Derecho de Daños, n.º 121, secc. Estudios.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión”. AC, 1999-1.
- TORRES PEREA, “El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos”. Diario La Ley (digital), año XXI, núm. 5296, 26 de abril de 2001 (doctrina).
- TRICHANT BLASCO, Memento práctico civil 2009. Familia y sucesiones. Madrid, Francis Lefebvre, 2009.
- VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. Diario La Ley (digital), núm. 8162, 2013.
- VERDERA IZQUIERDO, “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”. Diario La Ley (digital), año XXIII, núm. 5669, 4 de diciembre de 2002 (doctrina).
- VILATAMENADAS, “La ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. Perspectiva en los órdenes civil y penal del impago de pensiones y el incumplimiento del régimen de visitas”. La Ley 2616/2004 (digital), Práctica de Tribunales, n.º 12, sección Estudios, enero 2005.
- ZANON MASDEU, La guarda y custodia de los hijos, Bosch, Barcelona, 1996.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, “El frecuente incumplimiento del régimen de estancias de los menores con el progenitor no custodio en periodos festivos o vacacionales”. AJA (digital) núm. 821/2011, parte Tribuna.

Aguilera Morales, Marien. *Las diligencias de investigación fiscal*. Ed. Thomson Reuters, Madrid, 2014

CARLOS MARTÍN BRAÑAS

Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal de la UCM

Abordamos la lectura, y breve análisis, de una obra que incide directamente en uno de los temas que, podría sostenerse, se convierten en la estrella de la, ya manida, necesaria reforma de nuestra legislación procesal penal: el Ministerio Público. En concreto se dedica la obra al estudio de las diligencias de investigación encomendadas al Ministerio Fiscal en el curso de la actividad preliminar al proceso penal.

Hasta nuestros días, la labor de dirección de la fase de instrucción penal ha recaído de forma directa en los órganos judiciales, en el Juez de Instrucción. Sin embargo, esta realidad, últimamente, viene cuestionándose, probablemente como consecuencia de las influencias que en un mundo globalizado, como el que tenemos, provocan los sistemas penales instaurados en países de nuestro entorno, donde esa instrucción se encomienda no al Juez, sino al Ministerio Público.

En realidad, la existencia de un Juez instructor o un Fiscal Instructor, en nada o muy poco ha de afectar al objeto del trabajo que analizamos, pues la tarea del Fiscal seguirá, en uno u otro caso, centrándose en la práctica de las diligencias de investigación que la profesora Aguilera disecciona en esta obra.

Sin embargo, la autora, con buen criterio, no quiere escapar de la polémica y nos ofrece unas pinceladas que sirven para apreciar cuál es su posicionamiento al respecto.

De inicio, debemos partir de la existencia de argumentos válidos tanto para sostener que la dirección de la fase de instrucción debe recaer sobre el Juez (mayores garantías para el afectado, mayor independencia, etc.), como para mantener que esa dirección debe ser asumida por el Fiscal (mayor celeridad, neutralidad, etc.).

Históricamente, aunque siempre ha prevalecido la figura del Juez instructor, desde tiempos no muy lejanos puede apreciarse un acercamiento de nuestro legislador a posiciones cercanas a la atribución de esta labor de investigación al Ministerio Público (v.gr. Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, procedimiento abreviado, Tribunal del Jurado, Pactos de Estado para la Reforma de la Justicia, etc.), evolución que pretende concluirse en la, proyectada y deseada, nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, intentando favorecer la imparcialidad del juzgador pasando de impulsor de la fase de instrucción a garante de los derechos individuales puestos en duda en esta fase, y convirtiendo al Ministerio Fiscal en el centro de la investigación penal.

Aunque la autora no pretende tomar partido expreso por ninguna de ambas opciones, se desprende de su exposición, aun implícitamente, un claro aroma no muy partidario de este cambio, al menos en los términos planteados.

Desde la LO 7/1988, de 28 de diciembre, por la que se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se introdujo el procedimiento abreviado, se encomendó en nuestro sistema procesal penal, la investigación preprocesal de los supuestos presuntamente delictivos al Ministerio Fiscal.

Aunque como reconoce la autora, que esa atribución no dejó de constituir un “*procedimiento de contenido y efectos limitados*”.

El fiscal no puede ordenar la práctica de diligencias que sean las mismas que debe acordar el Juez de Instrucción en la fase preliminar del proceso penal (ninguna diligencia limitativa de derechos, medidas cautelares distintas a la detención), además las ordenadas y efectuadas carecerán de valor probatorio, debiendo el Ministerio Fiscal abandonar cualquier actividad investigadora, en el momento en que tenga conocimiento de la existencia de un proceso sobre los mismos hechos objeto de su investigación. Todo lo anterior, sin perjuicio de reconocer la escasez de medios con los que cuenta el Ministerio Público para llevar a cabo esta limitada actuación investigadora.

Todo lo anterior, unido a la falta de desarrollo de su regulación legal (art. 5 EOMF, 773.2 LECrim y 123 Ley Orgánica Procesal Militar), concluye la autora, hace que las diligencias de investigación fiscal presenten un limitado recorrido práctico.

Dentro de ese reducido ámbito de aplicación, se suscita otro problema adicional: la escasa regulación legal, tampoco se caracteriza por su homogeneidad. Problema que, como propone la autora, “en la medida en que todas estas normas están guiadas por una misma razón de ser, criterios elementales de hermenéutica imponen que esta normativa sea objeto de una interpretación armonizadora e integradora”.

Obviando todo lo anterior, la autora se lanza a reseñar cuáles, bajo su criterio, constituyen los elementos caracterizadores de las diligencias de investigación fiscal, destacando: su carácter procedimental, naturaleza penal e índole inquisitivo.

De las anteriores características se desprenden como consecuencias ineludibles, que estas diligencias son ordenadas mediante Decreto y no resolución judicial, que carecen de fuerza interruptora de la prescripción y, finalmente, que pueden ser acordadas de oficio.

Estas diligencias se desarrollarán bajo idénticos principios a los que informan el proceso penal – contradicción, proporcionalidad y defensa–, eso sí con ciertas peculiaridades (v.gr. contradicción limitada a la puesta en conocimiento de los sujetos pasivos de las concretas actuaciones acordadas, y oportunidad de instar diligencias en su descargo). Sin embargo, esta circunstancia, más que constituir una ventaja, se convierte en un elemento que lastra la propia efectividad perseguida por este tipo de diligencias.

Finaliza, la autora, el primer capítulo de la obra realizando un listado de figuras afines a las diligencias de investigación fiscal, e indicando las diferencias existentes, destacando entre ellas: diligencias preprocesales, las diligencias de inspección fiscal, e informativas, expedientes de cooperación penal internacional, instrucciones a la Policía Judicial.

En el capítulo segundo de esta obra, la autora persiste en su tarea de individualización de las diligencias de investigación fiscal. Tras diferenciar a éstas de figuras semejantes, se aborda en el inicio de este capítulo una labor de distinción con el conjunto de actos de investigación que conforman el procedimiento preliminar judicial que, si bien presenta en principio importantes similitudes con la estudiada, sin embargo sus diferencias, atendiendo a la diversa naturaleza del procedimiento en el que surgen, son evidentes.

La primera, y más obvia, distinción existente entre las diligencias de investigación preliminar del Juez y del Fiscal, debe buscarse, precisamente en la diversa naturaleza que presentan el

Juez y el Fiscal, como directores de ambas. Sin embargo, el elenco de divergencias existente entre uno y otro tipo de diligencias es mucho mayor: sistema mixto, frente a sistema acusatorio; determinación de la existencia de un hecho delictivo y de un sospecho de ser su autor, frente a la búsqueda de elementos suficientes para formular la acusación; valor probatorio frente a simples actos de investigación sin ese valor.

Sin embargo, sin negar las diferencias que existen, ambos tipos de diligencias convergen en un punto, que quizás consista en la piedra angular de toda investigación penal, la de “esclarecer los hechos aparentemente delictivos de los que se tenga noticia”. Y precisamente de este objetivo común, pueden suscitarse diversas consecuencias para el desarrollo del propio proceso penal, tanto en un caso, como en el otro:

- Si como resultado de las diligencias practicadas, aparecen nuevos hechos conexos con los que dieron lugar a la apertura de las diligencias de investigación, el objeto de éstas se amplía, comprendiendo también la noticia aparecida ex novo.
- También puede suceder que los nuevos hechos descubiertos no presenten conexidad alguna con aquellos otros que provocaron la apertura de estas diligencias, lo razonable será ordenar la incoación de unas nuevas diligencias de investigación respecto de aquellos nuevos hechos.
- Por último, podemos encontrarnos con que las diligencias de investigación practicadas acrediten que los supuestos hechos delictivos que dieron lugar al inicio de las actuaciones, en realidad carezcan de relevancia penal, o que no existan elementos incriminatorios que puedan sostener la participación en los hechos de las personas sobre las que se proyecta la actividad investigadora, debiendo, igualmente que en el supuesto anterior, procederse al archivo de las actuaciones.

Termina la autora el inicio de este capítulo, abordando tres cuestiones que en la práctica forense acaparan gran interés: el cuestionable carácter no necesario y exhaustivo de las diligencias de investigación fiscal, el riesgo de utilizar estas diligencias al servicio de una causa general y la utilidad que presentan éstas en la investigación de la acción civil derivada del delito.

Una vez concluye, la autora, el análisis de qué ha de entenderse por objeto de este tipo de diligencias y antes de adentrarse en el estudio de los elementos subjetivos que las tipifica, procede a describir su ámbito de aplicación.

La primera advertencia que se nos hace, es aquella que nos indica el carácter limitado que presenta el procedimiento preliminar fiscal, quedando excluidas de dicho ámbito: la investigación de hechos constitutivos de delitos privados, e incluso, aunque con más dudas, aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de delitos semipúblicos, y sin olvidar que la investigación de los delitos de carácter público, si bien no deben ser considerados excluidos, en la práctica también lo son como consecuencia de la especial tramitación procedimental diseñada en determinados casos (v.gr. procesos rápidos, procedimiento de faltas).

Semejante limitación, también resulta aplicable si nos referimos al ámbito de actuación subjetiva que las diligencias de investigación fiscal presentan, explicándonos la autora la situación en la que quedan menores, aforados y personas jurídicas respecto al desarrollo de este tipo de diligencias, debiendo entender excluidas de su ámbito de acción los primeros, pero no así ni los terceros, ni los sujetos aforados.

Finaliza este segundo capítulo con una detallada descripción de los diferentes actores que forman parte de este procedimiento preliminar fiscal.

Y no nos sorprende que se inicie este análisis por la figura del propio Ministerio Fiscal, sin duda protagonista del desarrollo en estas diligencias, siendo él quien decide su apertura, cierre y contenido. Tras ayudar, la autora, al lector ofreciéndole una descripción genérica de la compleja estructura funcional del Ministerio Público, pasa a informarnos de cómo puede identificarse al concreto fiscal encargado de llevar a cabo unas específicas diligencias de investigación preliminar.

Para descifrar esta incógnita tenemos a nuestra disposición una norma general que nos será de utilidad para fijar el fiscal objetivamente competente, "la competencia para realizar la investigación viene dada al Fiscal por la competencia de los órganos jurisdiccionales ante los que está legitimado para actuar, respecto al conocimiento del hecho objeto de aquélla". Siendo ésta la norma general deberemos determinar, antes de precisar el fiscal competente, cuál es el órgano judicial apto, objetivamente, para resolver la cuestión objeto del proceso. Para llevar a cabo dicha determinación haremos uso de las correspondientes normas de competencia *rationae personae*, *rationae materiae* y gravedad de la infracción, aunque nos advierte la autora del numeroso elenco de especialidades que debemos tener presente a la hora de aplicar estos criterios.

Tras precisar el fiscal objetivamente competente, fijaremos el ámbito territorial de éste, viniendo determinado (a salvo de las especialidades que presentan las investigaciones de supuestos complejos –v.gr. hechos delictivos cometidos en varios ámbitos, delitos conexos, etc.–), por el lugar de comisión del hecho delictivo y, de no tener constancia de éste, por el lugar donde se hayan descubierto las pruebas materiales del delito, donde se haya detenido al sospechoso, donde resida este último o, finalmente, donde se encuentre la sede de la Fiscalía que tenga primera noticia del delito (arts. 14 y 15 LECrim).

Terminará, esta inicial tarea, con la aplicación de las normas de reparto correspondientes, resolviéndose cualquier discrepancia mediante el método previsto para idéntica función en el ámbito de los órganos jurisdiccionales, esto es, resolverá el superior jerárquico común.

En definitiva, en la determinación del Fiscal competente para investigar serán de aplicación, también, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, sin que sea viable en este ámbito la aplicación del principio del juez ordinario predeterminado por la ley.

Concluye la autora afirmando que, al final, más que estar ligada la determinación del fiscal competente a la, previa, fijación del órgano judicial competente para conocer de determinados asuntos, lo está a la concreta materia sobre la que versen esos asuntos que han de ser objeto de investigación.

La mano derecha del Ministerio Público, al momento de llevar a cabo estas diligencias preliminares, está representada por la Policía Judicial (Policía Judicial Genérica, Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil, Cuerpos de Policía autonómicos, otros organismos específicos a los que se les otorgue estas funciones –agentes forestales, aduaneros, etc.), debiendo llevar a cabo todas aquellas labores que aquél les asigne, y sin olvidar la importante colaboración que prestan a la Fiscalía en el desarrollo de su labor otros muchos organismos, públicos y privados (AEAT, TGSS, Registros públicos, CECA, AEB, etc.).

Por último, se nos ofrecen una serie de notas caracterizadoras del sujeto pasivo de estas diligencias, sospechoso, quien aparece como persona frente a la que se dirigen éstas, por su posible participación en los hechos investigados. La autora informa al lector de cuál es su status procedimental, indicando el conjunto de garantías que le amparan (arts. 520 y 773 LECrim), haciendo una velada crítica de la forma en la que se configuran éstas, forma que termina por hacer poco eficaz alguna de dichas garantías.

Para adquirir la cualidad de sospechoso, será necesario cumplir con una serie de requisitos que la autora nos relata con cierto interés: capacidad para ser parte –v. gr. personas jurídicas–, capacidad procesal –v. gr. incapaces–.

Finaliza este capítulo subrayando la autora que en el procedimiento de investigación preliminar llevado a cabo por el Fiscal, no tienen cabida aquellos que, en un futuro podrán ejercitar bien la acusación particular, ya la popular, ni tampoco aquellos sujetos, distintos al sospechoso, que puedan verse alcanzados por la actividad de investigación.

Se reservan los tres capítulos siguientes al análisis del iter que presenta la realización de estas diligencias de investigación fiscal.

Comenzarán desde el momento en que se tenga “conocimiento de un hecho o conjunto de hechos, concretos y de fisonomía delictiva” (notitia criminis), constituyendo esta circunstancia, elemento sin el que no podrá dar inicio el proceso penal y cuanto más la investigación criminal.

Tras describir los elementos constitutivos de la notitia criminis, y las diversas formas en las que el Ministerio Público puede llegar a tener conocimiento de ella (directamente – v.gr. conocimiento personal, rumor generalizado–, o a través de terceros –atestado policial; denuncia de particulares, Administración Pública, anónima), se nos informa cómo el Ministerio Público estará en condiciones de dictar el correspondiente Decreto de apertura de las diligencias de investigación, o bien, ordenar la transmisión de la denuncia correspondiente a la autoridad judicial o, simplemente, dictar Decreto de conclusión.

De optar el Fiscal por la primera opción, empezará a contar el plazo, dentro del cual, deberán practicarse aquellas diligencias “que se estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo”, pudiéndose extender éstas desde la práctica de meras diligencias de investigación a determinadas medidas cautelares.

Inmediatamente antes de proceder la autora a describirnos el compendio de diversas actuaciones que puede llevar a cabo el Fiscal en este período preprocesal, se nos indican aquellos elementos que pueden ser considerados como denominador común de todas ellas: ausencia de eventuales acusadores o actores del proceso penal; publicidad externa e interna; limitación temporal.

Tras advertirnos, la obra, que le estará vedado al Fiscal acordar tanto medidas cautelares, como diligencias de investigación que resulten restrictivas de derechos fundamentales, se procede a realizar un listado de actuaciones que puede llevar a cabo el Ministerio Público, siempre respetando aquellos límites que la Ley impone al propio órgano judicial, en los casos en que sea éste quien las verifique en el proceso.

La autora nos advierte de que en las páginas dedicadas a esta labor, se centrará en el análisis de aquellas actuaciones que resultan más frecuentes o que presenten problemas de especial relevancia.

Se procede, en primer lugar, a describir aquellas diligencias que pueden acordarse en el procedimiento preliminar fiscal: declaración del investigado; declaración de testigos; informes periciales; determinadas diligencias limitativas del derecho a la intimidad y protección de datos (intervención de agendas o dietarios, vigilancia y obtención de grabaciones videográficas; investigaciones patrimoniales; acceso a información de los registros oficiales); entregas vigiladas; utilización del agente encubierto. Describiéndose, inmediatamente después, aquellas diligencias cuya práctica está vedada al Fiscal: diligencias de entrada y registro, siempre que no exista consentimiento del titular del domicilio, nos encontremos ante un delito flagrante o, finalmente, estemos ante la detención de personas integrantes o relacionadas con bandas armadas; intervención de las comunicaciones o determinados datos de tráfico de las comunicaciones.

Dentro del conjunto de actividades que puede llevar a cabo el Fiscal en el marco del procedimiento preliminar, también son de destacar la posible adopción de medidas cautelares, en concreto la detención preventiva y la intervención de los efectos del delito.

Ya en los capítulos V y VI se aborda el, quizás más complejo, tema de la forma de terminación de este conjunto de diligencias y, sobre todo, la eficacia que las mismas entrañan en el seno del proceso penal.

En relación con el primero de los temas anunciados, tras advertir la no inclusión en este apartado determinadas figuras (remisión a la autoridad judicial de las denuncias presentadas ante el Ministerio Fiscal), se nos presenta un claro esquema de las diversas formas en las que pueden concluir las diligencias de investigación fiscal, ante tanta claridad nos es imposible evadirnos de la tarea de reseñarlo.

Existen dos modalidades de terminación:

a) Anormal: esta fase preliminar puede concluir:

* Tras explicarnos la autora, de forma magistral, lo complicado que resulta desentrañar el sentido de la normativa que regula el archivo de las actuaciones por parte el Ministerio Fiscal, finaliza ofreciéndonos una solución a modo conclusivo: ante la certeza de la existencia de un hecho delictivo, el fiscal debe poner fin a su actuación y remitir las actuaciones a la autoridad judicial, para que ésta incoe el correspondiente proceso. En caso contrario, cabrá el correspondiente archivo de las actuaciones.

De optar por esta última vía, el Ministerio deberá dictar un Decreto que será motivado, pero que no es susceptible de recurso alguno.

* También concluirá la investigación preliminar iniciada por el Ministerio Público, de forma anormal, en aquellos supuestos en los que se tenga conocimiento de la existencia de un proceso judicial sobre los mismos hechos.

En este punto, la autora nos advierte de la complejidad que presenta desvelar el sentido que nos brinda la normativa reguladora de esta materia, más si cabe, tras sufrir ésta la interpretación de la Fiscalía General del Estado.

El Ministerio Fiscal deberá cesar en sus diligencias en aquel momento en que tenga conocimiento de la existencia de un auto de incoación de un sumario o de unas diligencias previas, como consecuencia de los mismos hechos que él investiga.

Este cese de actuaciones, como en el caso del archivo, se acuerda mediante Decreto que, igual al caso precedente, habrá de estar motivado y no será recurrible.

b) Normal: comprobada, en el curso de las diligencias preliminares de investigación, la probable existencia de los hechos que dieron lugar al inicio de las misma, y resultando viable el ejercicio de la acción penal, el Fiscal formulará denuncia o querrela ante el Juez de Instrucción, remitiendo todas las actuaciones practicadas.

Las causas de judicialización pueden ser diversas: por imperativo legal; por entenderse el Ministerio Público suficientemente informado para ejercitar la acción penal; por considerarlo apropiado el propio Fiscal, de forma discrecional.

Como el resto de formas en las que puede concluir estas diligencias, deberá emitir el correspondiente fiscal un Decreto que deberá estar correctamente motivado y será no recurrible. Junto al mencionado Decreto, el fiscal deberá remitir al Juez las diligencias a las que pone fin, así como un escrito de denuncia o querrela solicitando la apertura del proceso penal. Querrela “cuando las diligencias practicadas a su instancia revelen datos suficientes para su formulación”, denuncia de acontecer lo contrario.

Pone fin, la autora, a este capítulo, informándonos de, quizás, lo que más relevancia puede tener en la práctica forense, y que no es otra cosa que el valor probatorio que pueden alcanzar estas diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Fiscal, en fase preliminar.

Históricamente, la eficacia probatoria atribuible a las diligencias fiscales ha sido muy limitada. Con el paso del tiempo, nos encontramos ante una situación en la que la jurisprudencia sigue negando valor probatorio a estas diligencias, mientras que la Fiscalía General del Estado y un importante sector de la doctrina científica, aboga por equiparar el valor probatorio de estas diligencias, al otorgado al atestado policial o a los informes emitidos por gabinetes policiales, pudiendo “alcanzar la consideración de prueba e incorporarse al proceso para su debate en condiciones efectivas de inmediación, oralidad y contradicción”.

Finaliza la obra perfilando el tratamiento jurídico del que son merecedoras las diligencias de investigación fiscal. Esta labor no presenta mucha complejidad, ni requiere una excesiva extensión, básicamente por el silencio del legislador, Fiscalía, jurisprudencia y doctrina científica. Pudiendo afirmarse que esta categoría de actos no son susceptibles de ser recurridos ante los órganos del orden jurisdiccional penal, aun existiendo diversos mecanismos de carácter indirecto que pueden, de alguna forma, suplir esta carencia y que la autora describe: control mediante el propio proceso penal, procedimientos especiales penales, control administrativo.

Después de concluir esta agradable, debo confesar, labor de lectura me veo en la necesidad de aplaudir la obra presentada por la profesora Aguilera, que nos vuelve a sorprender con un análisis de una institución que, en estos tiempos, se ve sometida a importantes presiones de toda índole, presiones que pueden concluir con una histórica transformación de nuestro esquema procesal penal.

Hemos de agradecer a la autora que aunando una magistral técnica procesal con un más que agradable estilo literario, nos brinde un profundo análisis de una serie de actuaciones que, con independencia de cuál sea el futuro que le espere a la figura del Ministerio Público en el ámbito del proceso penal, seguirán teniendo, como mínimo, la relevancia que hoy atesoran, pero que con gran probabilidad, podrán alcanzar una importancia estelar, en mayor o menor grado, en el cercano horizonte ritual penal que nos espera.

