



Roj: SAP TO 1020/2013  
Id Cendoj: 45168370012013100543  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Toledo  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 155/2013  
Nº de Resolución: 120/2013  
Procedimiento: APELACION JUICIO DE FALTAS  
Ponente: EMILIO BUCETA MILLER  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**TOLEDO 00120/2013**

**Rollo Núm. .... 155/2013.-**

**Juzg. Instruc. Núm... 1 de Ocaña.-**

**J. Faltas Núm. .... 99/2013.-**

**SENTENCIA NÚM. 120**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO**

**SECCION PRIMERA**

**Ilmo. Sr. Magistrado**

**D. EMILIO BUCETA MILLER**

En la Ciudad de Toledo, a diecinueve de diciembre de dos mil trece.

Esta **Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por el Ilmo. Sr. Magistrado** que se expresa en el margen, ha pronunciado, en **NO** MBRE DEL REY, la siguiente,

**SENTENCIA**

Ante esta Audiencia Provincial se ha visto el presente recurso de apelación penal, Rollo de la Sección número 155 de 2013, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción Núm. 1 de Ocaña, por una falta de incumplimiento obligaciones familiares, en el Juicio de Faltas Núm. 99/13, en el que han intervenido, como apelante Saturnino ; y como apelados el Ministerio Fiscal y Zaida , defendido por el Letrado Sr. Roldán Almagro.

**ANTECEDENTES:**

PRIMERO: Por el Juzgado de Instrucción Núm. 1 de Ocaña, con fecha 28 de junio de 2013, se dictó sentencia en el juicio de faltas de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "Que debo condenar y condeno a D. Saturnino , por una falta del art. 618.2 CP a la pena de 30 días de multa con cuota diaria de seis euros, quedando sujeto en caso de impago a responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente.

También procede imponerle las costas procesales causadas".-

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por Saturnino ; dentro del término establecido se interpuso recurso de apelación formulando por escrito sus motivos de impugnación, y recurso del que se dio traslado al resto de las partes, que le contestaron por escrito, los que fueron unidos al correspondiente procedimiento, y efectuado se remitió a esta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo y nombrado Ponente, quedaron vistas para dictar resolución.-

SE CONFIRMAN Y RATIFICAN los hechos probados, no así los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto no se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son

## HECHOS PROBADOS

Se declara probado que "El día 19-03-2013 D. Saturnino no fue a recoger al menor común, para disfrutar con él, el fin de semana que le correspondía a efectos de cumplir con el régimen de visitas fijado en la resolución judicial".-

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Analizábamos en nuestras sentencias de 10 de junio y 7 de octubre de 2010 la cuestión de carácter estrictamente jurídico, relativa a determinar si existe la falta del art. 618.2 del CP introducido por la reforma operada por la L.O. 15/03 respecto al incumplimiento de las obligaciones familiares establecidas en convenio regulador o resolución judicial en procedimientos de familia, cuando tal incumplimiento se refiere a dejar de visitar el cónyuge no custodio a los hijos en las fechas en que le corresponde según el convenio o la resolución judicial.

La conducta por tanto que se examina difiere de la que suele ser habitual en estos casos, que es el incumplimiento consistente en impedir el progenitor custodio al no custodio disfrutar del régimen de visitas o el excederse el custodio en dicho régimen, no restituyendo al hijo en el lugar y momento señalados.

Considero que en aplicación del art. 4 del CP que impide la interpretación analógica y extensiva en contra del reo, cuando el art. 618.2 se está refiriendo a "obligaciones" familiares, no puede ser objeto de una interpretación extensiva en perjuicio del aquel para entender comprendido en él el derecho de visitas, ni aún cuando se pueda considerar que desde el punto de vista del derecho de familia todos los derechos que se reconocen a unos miembros de la familia respecto de otros son derechos-deberes, pues una cosa es la consideración de los mismos desde el punto de vista estrictamente civil y otra bien distinta el considerar que los mismos constituyen "obligaciones familiares" cuyo incumplimiento integre la falta de art. 618.2 de CP .

Así, la sentencia civil en este caso habla en el fundamento jurídico primero de que "el progenitor no custodio <cumplirá> con dicho derecho de visitas..."; "el padre <podrá> pasar con el menor los fines de semana alternos"; "en cuanto a la Semana Santa, el hijo <podrá> estar...".

En el fallo de la sentencia, al concretar las medidas, nuevamente se emplean términos similares, que claramente hacen alusión al derecho del padre a visitar a hijo, nunca a la obligación de hacerlo.

A la vista de ello, aun cuando el derecho a que nos referimos constituye desde el punto de vista del derecho de familia un derecho-deber y por tanto el padre tiene no ya el derecho sino además la obligación de visitar a su hijo en la forma establecida en la sentencia, la consecuencia del incumplimiento de ese derecho-deber solo puede tener relevancia en el orden civil, modificando, reduciendo e incluso suprimiendo el derecho de visitas, pero desde el punto de vista penal la conducta es impune, porque para ser punible sería exigible que la sentencia impusiera claramente que el padre tiene no el derecho sino la obligación de visitar a su hijo en la forma tiempo y condiciones que se especifican en la misma. No siendo así, la redacción de la sentencia y el tenor literal del art. 94 del CC al establecer que los padres que no tengan consigo a los hijos menores o incapacitados "gozarán del derecho a visitarlos..." impide la consideración de los hechos como constitutivos de la falta que nos ocupa.

Este Juzgador es consciente de la existencia de algunas sentencias como las de la AP de Madrid de 7 de diciembre de 2006 y de 14 de noviembre de 2007 que han considerado la existencia de la falta del art. 618.2 en casos como el que nos ocupa, en que el progenitor no custodio no acudió a visitar a sus hijos, más en este caso al menos, a la vista de los términos en que se expresa la sentencia civil, considero que no es posible una interpretación extensiva del precepto.

SEGUNDO: Los hechos que se declaran probados, tampoco constituirían la falta del art., 622 del CP , pues como se estableció en la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 29 de mayo de 2004 , al tratar los criterios de interpretación del artículo 622 del Código Penal modificado por Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, por infracción por los padres del régimen de custodia de sus hijos menores, diferenciándolo del régimen de visitas, se llegó al siguiente acuerdo:

«En el caso de incumplimiento del régimen de visitas impuesto en resolución dictada en procedimiento judicial, si no se dieran los supuestos del delito o de la falta de desobediencia la conducta debe considerarse impune. Impunidad que no concurrirá a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, dado que en

la misma se tipifica en el art.618.2 una falta genérica de incumplimiento de las obligaciones familiares en los casos de crisis matrimoniales, supuesto en que cabría subsumir esta clase de conductas.»

El artículo 622 del Código Penal conforme a su redacción dada por Ley Orgánica 9/2002, de 10 diciembre establece que, «Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia, infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses», debiéndose distinguir como lo hace la SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2006 antes mencionada, recogiendo la doctrina de la de la AP de Teruel de 14 de abril de 2005, entre la guarda y custodia que le ha sido atribuida a uno de los progenitores en exclusiva, y que comprende una serie de facultades/deberes conducentes a preservar, evitar y proteger al hijo menor de cualquier riesgo o peligro que pueda amenazarle y el régimen de visitas, que es un conjunto de derechos/deberes que tiene y pesan sobre el padre que no custodia, para que, en el momento predeterminado por la Ley y los Tribunales, pueda estar, comunicar y relacionarse con ellos, con el fin de mantener viva, operante y fluida la relación paterno-filial, cual es la finalidad esencial de dicho régimen. La custodia por lo tanto solo podrá quebrantarla quien ostenta la guarda y cuidado directo y personal de un menor y el régimen de visitas, quien tiene reconocido el mismo.

TERCERO: Aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa y con plena independencia de la posible justificación del progenitor por causas de enfermedad para dejar de recoger a su hijo y ejercitar el derecho de visitas que le correspondía es claro que se trata de una conducta impune y por tanto procede la estimación del recurso y el dictado de una sentencia absolutoria.

CUARTO: Las costas causadas en esta segunda instancia se declaran de oficio, por aplicación del art. 240.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .-

#### **FALLO:**

Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Saturnino debo REVOCAR Y REVOCO la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción Núm. 1 de Ocaña, con fecha 28 de junio de 2013 , en el Juicio de Faltas Núm. 99/13, de que dimana este rollo, y en su lugar, debo absolver y absuelvo al mismo de la falta que se le imputaba, declarando de oficio las costas causadas en ambas instancias

Publíquese la presente resolución en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que es firme y no cabe recurso alguno contra ella; y con testimonio de la misma, una vez que haya ganado firmeza, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado que la suscribe, en audiencia pública. Doy fe.-