

Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª, Sentencia 244/2021 de 21 Jun. 2021, Rec. 44/2021**Ponente: Gómez Santos, Nicolás.****Nº de Sentencia: 244/2021****Nº de Recurso: 44/2021****Jurisdicción: CIVIL****Diario La Ley**, Nº 10112, Sección Jurisprudencia, 18 de Julio de 2022, **Wolters Kluwer**ECLI: *ES:APBU:2021:698*

La situación de prisión del padre no justifica la suspensión del ejercicio de la patria potestad

DIVORCIO. Modificación de medidas. No procede la suspensión al padre del ejercicio de la patria potestad sobre el hijo menor de edad. Es cierto que el padre no comunicó a la madre su ingreso en prisión, pero ello acaeció hace dos años, y no puede servir hoy esa inicial falta de conocimiento para suspender el ejercicio de la patria potestad. Tampoco es causa de suspensión la negativa del padre a autorizar el viaje de vacaciones del menor al país de origen de la madre. No existen actuaciones penales por violencia contra la madre ni contra el hijo común. No puede añadirse como implícito a toda pena privativa de libertad, por cualquier delito, la consecuencia de una suspensión de la patria potestad. Suspensión del régimen de visitas.

La AP Burgos revoca parcialmente la sentencia del Juzgado y deja sin efecto la suspensión al demandado del ejercicio de la patria potestad sobre el hijo menor de edad.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**BURGOS****SENTENCIA: 00244/2021**

Modelo: N10250

PALACIO DE JUSTICIA-PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

-

Teléfono: 947 25 99 30 **Fax:** 947 25 99 33**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: RFP

N.I.G. 09059 42 1 2019 0002679**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN (LA LEY 58/2000)) 0000044 /2021****Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de BURGOS**Procedimiento de origen:** MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000391 /2019

Recurrente: Bruno

Procurador: MARIA ELENA PRIETO MARADONA

Abogado: CAROLINA MIGUEL SANCHA

Recurrido: Flor

Procurador: BLANCA LUCIA HERRERA CASTELLANOS

Abogado: ANA GEMMA GARCIA TUÑÓN VILLALUENGA

SENTENCIA Nº 244

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

ILMOS/AS SRES/AS:

PRESIDENTE:

DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

MAGISTRADOS/AS:

DON NICOLAS GOMEZ SANTOS

DOÑA MARIA LUISA MIRANDA DE MIGUEL

SIENDO PONENTE: DON NICOLAS GOMEZ SANTOS

SOBRE: MODIFICACION MEDIDAS-SUSPENSION EJERCICIO PATRIA POTESTAD

LUGAR: BURGOS

FECHA: VEINTIUNO DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO

En el Rollo de Apelación nº 44 de 2021, dimanante de Juicio Modificación de Medidas Supuesto Contencioso nº 391/2019, del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Burgos, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 22 de Octubre de 2020, siendo parte, demandado-apelante DON Bruno, representado ante este Tribunal por la Procuradora D^a María Elena Prieto Maradona y defendido por la Letrada D^a Carolina Miguel Sancha; y como demandante-apelada DOÑA Flor, representada ante este Tribunal por la Letrada D^a Blanca Lucía Herrera Castellanos y defendida por la Letrada D^a Ana Gemma García Tuñón Villaluenga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la resolución apelada, sentencia de 22 de octubre de 2020 del Juzgado de Primera instancia nº 7 de Burgos, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"Que debo estimar y estimo la demanda formulada por la Procuradora Doña Blanca Lucia Herrera Castellanos en nombre y representación de Dña. Flor y acuerdo la suspensión al demandado D. Bruno del ejercicio de la patria potestad sobre su hijo menor de edad Faustino, atribuyendo dicho ejercicio en exclusiva a la madre. Igualmente queda en suspenso el régimen de visitas respecto al menor que se fijó en la Sentencia de 16 de julio de 2017, manteniéndose el resto de medidas que se acordaron en la Sentencia de 16 de julio de 2017 hasta que el padre abandone el centro penitenciario.

No se hace imposición de costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO: Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de D. Bruno se interpuso contra la misma recurso de apelación, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 15/06/2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada, estima la demanda interpuesta por D^a Flor, sobre modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio de 16/07/2017.

En la sentencia de divorcio, a los efectos que aquí interesan, se establecieron como medidas:

-Se atribuye a la madre la guarda y custodia del menor, Faustino, nacido el NUM000/2013.

-La patria potestad será compartida por ambos progenitores.

-Se fija un régimen de visitas y comunicaciones en favor del padre, de fines de semana alternos, con pernocta, desde el viernes al domingo, teniendo lugar la estancia en el domicilio de los abuelos paternos.

-Se reparte por mitad el periodo de vacaciones de Navidad y Semana Santa.

La sentencia hoy apelada viene a suspender al padre, D. Bruno, del ejercicio de la patria potestad sobre el hijo común, y deja en suspenso igualmente el régimen de visitas con el menor.

Frente a dicho pronunciamiento se formula recurso de apelación, interesando se revoque totalmente el mismo, considerando que incurre en:

-Error en la apreciación de la prueba.

-Inaplicación o interpretación errónea de la Ley y Jurisprudencia concordante.

SEGUNDO.- SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Niega *el apelante* que haya ocultado a la madre su ingreso en prisión, e igualmente rechaza que obstaculice el ejercicio de la patria potestad, habiéndose limitado a discrepar de la idea de la actora de viajar al extranjero con el menor.

Con base a ello, *rechaza que concurra causa para suspender su ejercicio de la patria potestad.*

La sentencia de instancia acuerda la privación del ejercicio de la patria potestad relatando como el demandado oculto su situación de privación de libertad a la madre, la cual tuvo que instar en varias ocasiones un procedimiento para obtener autorización judicial. Considera la sentencia hoy apelada que existen trámites esenciales para la vida cotidiana que requieren el consentimiento de ambos progenitores y no pueden cumplimentarse de no tener constancia del paradero del padre.

Examinadas las actuaciones no consta comunicación del apelante a la madre de su ingreso en prisión, y de la declaración de la actora y de los abuelos paternos resulta creíble esa falta de comunicación de la prisión en el momento de producirse, enterándose la madre meses después y por la prensa. Pero ello es un acontecimiento acaecido hace ya 2 años, y no puede servir hoy esa inicial falta de conocimiento de la situación del padre para suspender el ejercicio de la patria potestad. En el momento actual es conocida por la actora la situación de D. Bruno, encontrándose en la prisión de Burgos. Por tanto, se tiene ya constancia de su paradero, sin perjuicio de poderse acordar imponer al apelante una obligación de comunicar a la madre cualquier variación en dicho paradero.

En cuanto a la negativa del apelante a autorizar el viaje de vacaciones de verano del menor, junto con su madre y su abuela a Rumania, país de origen de la madre, consta acreditado documentalmente en 2019 (Procedimiento 479/2019).

Entiende esta Sala que no puede darse a esa negativa las graves consecuencias pretendidas por la demandante.

Hemos de partir de que existe en la sentencia de divorcio una atribución conjunta de la patria potestad, algo que alimenta la implicación de ambos progenitores en la crianza y educación del hijo común. Y no estamos ante una privación de la patria potestad, que conforme al art. 170 C. Civil (LA LEY 1/1889) tiene que acordarse " por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial", habiendo declarado nuestro T.S. (S. 621/2015 de 9 de noviembre (LA LEY 158844/2015)) que dicha privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, e igualmente que requiere una inobservancia de los deberes de modo constante, grave y peligroso para el menor. No consta aquí un incumplimiento grave del demandado de los deberes inherentes a la misma.

Estamos aquí ante una suspensión del ejercicio de la patria potestad, supuesto recogido en el art. 156 del C. Civil (LA LEY 1/1889), según el cual " *La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.*

Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentarse contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o

la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos.

En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio."

Dado que no existen actuaciones penales frente a D. Bruno por violencia contra D^a Flor ni contra el hijo común, el apoyo de esta suspensión ha de buscarse en los desacuerdos reiterados y constantes o en la concurrencia de cualquier otra causa que entorpezca o favorezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

La mera discrepancia ocasional sobre un traslado al extranjero en vacaciones no puede configurarse como "desacuerdos reiterados y constantes" en el ejercicio de la patria potestad, y la situación de prisión del progenitor no puede implicar esa suspensión del ejercicio de la patria potestad, añadiendo a la condena penal unas consecuencias lesivas para el condenado ajenas al contenido de su pena.

No puede añadirse como implícito a toda pena privativa de libertad, por cualquier delito, la consecuencia de una suspensión de la patria potestad. Si ya nuestro C. Civil en su art. 160 (LA LEY 1/1889) viene posibilitando esa continuación de las visitas con los hijos menores (con las debidas cautelas), parece lógico que esa estancia en prisión no implique per se, suspensión del ejercicio de otros derechos no afectados por la pena.

Tampoco la actora ha acreditado, fuera de esa necesidad de autorización de viaje a Rumania, que la estancia en prisión de D. Bruno haya obstaculizado o impedido ningún trámite esencial para la vida cotidiana del menor. Al contrario, en el acto de la vista manifestó que no ha habido más problemas.

Con estas premisas no aparece situación grave o justificación sólida de esa suspensión, fuera de hipotéticos problemas que no se han producido, y que de acontecer darán lugar a su valoración.

Por tanto, en este sentido se estima el recurso.

TERCERO. - SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS.-

Esta medida la acuerda la sentencia de instancia dado que el padre se encuentra en prisión.

El apelante indica que no hay razones que lo justifiquen, y que se trata de una medida modificatoria inútil, porque el hijo no ha visitado jamás a su padre en la cárcel, por voluntad expresa del padre.

De lo anterior, y de la realidad del ingreso en prisión, resulta la total inoperatividad del régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio. Siendo las visitas un derecho/deber de los progenitores, es patente que D. Bruno no se encuentra en condiciones, dada su falta de libertad, de dar adecuado cumplimiento a las mismas, por lo que carece de sentido mantener el régimen inicialmente previsto en la sentencia de divorcio.

Del mismo modo, la documentación remitida por Instituciones Penitenciarias recoge como el 13/05/2021 se hace

propuesta de progresión al Tercer grado de tratamiento, estándose a la espera de la resolución por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias. Asimismo, de esa documentación resulta como en el ámbito penitenciario se han seguido diversas incidencias (por resistencia pasiva ordenes, intoxicación individual, insulto, amenaza y coacción a funcionario, intervención de material prohibido), por inadecuado comportamiento de D. Bruno, que generan indeterminación sobre cuándo y cómo va a disfrutar de permisos.

Lo cierto es que en el momento actual D. Bruno no disfruta de un régimen de permisos claro, ni mínimamente prefijado, de tal forma que puedan prevenirse las fechas en que va a salir de prisión y tener lugar las visitas. Por ello, sin perjuicio de lo que en su caso pueda acordarse de quedar fijados estos días de permiso, o poderse establecer con un cierto grado de certeza fechas para que tengan lugar las visitas, *es procedente la suspensión acordada en la sentencia de instancia, no pudiendo someterse a la madre, y menos aún al menor a una situación de absoluta inseguridad e incertidumbre sobre realidad y fechas de visita.*

CUARTO.- Costas. El art. 398 LEC (LA LEY 58/2000) regula el régimen de las costas procesales aquí aplicable.

V I S T O S los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Bruno contra la sentencia de fecha 22 de octubre de 2020 del Juzgado de Primera instancia nº 7 de Burgos revocamos parcialmente la misma en el sentido de dejar sin efecto la suspensión al demandado D. Bruno del ejercicio de la patria potestad sobre el hijo menor de edad, debiendo estarse a la patria potestad compartida acordada en la sentencia de divorcio.

No se hace condena en costas.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que puedan interponerse aquellos extraordinarios de infracción procesal o casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 (LA LEY 58/2000) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución (de no disfrutarse del Beneficio de Justicia Gratuita), del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985) en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Nicolás Gómez Santos, estando celebrando Audiencia Pública el Tribunal en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.