



Roj: **SAP M 8521/2020 - ECLI: ES:APM:2020:8521**

Id Cendoj: **28079370222020100449**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **29/07/2020**

Nº de Recurso: **644/2020**

Nº de Resolución: **619/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARMEN NEIRA VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2020/0015391

Recurso de Apelación 644/2020

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 79 de Madrid

Autos de Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 119/2020

Apelantes-demandados: DON Iván

y DOÑA Piedad

Procurador: Don Enrique Auberson Quintana-Lacaci

Apelado-demandante: Sr. ABOGADO DEL ESTADO

Ponente: ILMA. SRA. DOÑA CARMEN NEIRA VÁZQUEZ

SENTENCIA N° 619/2020

Magistrados:

Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez

Ilma. Sra. Doña Mª del Pilar González Vicente

Ilma. Sra. Doña Carmen Rodilla Rodilla

En Madrid, a veintinueve de julio dos mil veinte.

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de Restitución o retorno de menores seguidos bajo el nº 119/20 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 79 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante don Iván y doña Piedad , representados por el Procurador don Enrique Auberson Quintana-Lacaci.

De la otra, como apelado el Abogado del Estado.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Carmen Neira Vázquez.



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha por el Juzgado de Primera Instancia nº 79 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " FALLO: Que **estimando** la solicitud interpuesta por el Abogado del Estado en la representación que

por su cargo ostenta del Ministerio de Justicia frente a D. Iván y Dña. Piedad representados por el procurador D. ENRIQUE AUBERSON QUINTANA-LACACI **debo declarar y declaro haber lugar a la restitución de la menor Marí Jose a Chile donde reside en compañía de su madre, Doña María Esther .**

Se mantienen las medidas cautelares acordadas por auto de fecha 26 de febrero de 2020 hasta la firmeza de la presente resolución.

Para la restitución de la menor al Estado de procedencia, la Autoridad Central prestará la necesaria asistencia al Juzgado para garantizar que se realice sin peligro, adoptando en cada caso las medidas administrativas precisas.

Todo lo anterior con expresa condena en costas a D. Iván y Dña. Piedad que abonarán **los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor al Estado donde estuviera su residencia habitual con anterioridad a la sustracción.**"

Así por esta mi resolución, contra la que cabe interponer en el plazo de **tres días contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución**, recurso de apelación con efectos suspensivos ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid lo pronuncio, mando y firmo".

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Iván y doña Piedad , exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal sendos escritos de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 23 de julio.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se dicte resolución por la que se deniegue la restitución a Chile de la menor Marí Jose y en su caso, se acuerde la suspensión de la sentencia en tanto se designe la intervención del Equipo Psicosocial y una vez emitido informe, en su caso se acuerde Mediación Familiar de los SS.SS. y alega entre otras razones la negativa de la niña a regresar a Chile señalando que la menor residió allí de manera circunstancial junto a su madre al haberse divorciado y manifiesta que Marí Jose se traslada a España con su abuela materna bajo doble autorización materna de un precedente poder general de traslados sin límite de tiempo ni lugar.

Señala que la niña está arraigada habitacionalmente y señala que la vida de la niña transcurre desde hace medio año en Madrid, mencionando el empadronamiento y su escolarización en esta capital así como las actividades deportivas y lúdicas.

Relata la situación de desnutrición en que llegó Marí Jose y el proceso de asistencia médico- pediátrica tutelado por el HOSPITAL000 DIRECCION000 , y concluye que el retorno dispuesto resulta perjudicial para el interés de la niña.

Resalta que ambos - padre e hija- residen en Madrid y explica que él trabaja en las líneas Aéreas de DIRECCION001 . Relata los síntomas de la niña y concluye que la custodia de Marí Jose estaba siendo ejercida de forma inapropiada y su efectividad quedaba comprometida lo que remite al artículo 13.a del convenio de 1980. Refiere los castigos y alude al riesgo para la integridad física, para la integridad moral y para su integridad sexual y dignidad lo que conduce - dice - a la improcedencia de la restitución de la menor al lugar de tales hechos, Chile. Admite que la niña mantiene el afecto por su progenitora de forma que no expresa rechazo a su madre con la que desea estar y relacionarse, si bien en España. Y añade que no va a resultar posible una restitución voluntaria de la menor.



Por su parte el Ministerio Fiscal pide que se confirme la sentencia recurrida y alega entre otras razones que no ha transcurrido el plazo de un año dado que la menor vino a España en Septiembre de 2019, y reseña que la madre no ha consentido que la niña viniera a España más allá del estricto período vacacional dado que se autorizó a la abuela para que viniera con la niña desde el 13 al 22 de septiembre de 2019 sin que pueda acudir a anterior autorización genérica en la que se faculta a viajar a la hija con el otro progenitor significando la inmediata puesta en marcha por la madre de cuantos procedimientos estaban a su alcance para retornar a la menor .

Recuerda que el Juzgado de familia de Santiago de Chile en 5 de junio de 2019 rechaza la medida cautelar promovida por el padre para que la niña no se relacione con la madre tras considerar que la progenitora tenía un repertorio de competencias parentales satisfactorias visualizándose un vínculo cercano y afectivo en la relación con la hija.

Rechaza la aplicación del artículo 13 del CH al reseñar que la menor solo manifiesta que vive mejor en Madrid sin rechazar la convivencia con la madre a la que percibía como elemento de protección y cariño no justificando su deseo de permanencia en motivo sólido o seria y significa que la niña no tenía su residencia habitual en Madrid antes de la sustracción no habiendo quedado integrada en España, y ello con relación al artículo 12 del CH.

Por su parte el Abogado del Estado pide que se confirme la resolución y alega entre otras razones que la sentencia de modificación de cuidado personal de 6 de septiembre de 2018 de la autoridad judicial chilena se atribuye a la madre el cuidado personal de la hija y recuerda que un menor está sujeto a la patria potestad y en el caso de Marí Jose su custodia está atribuida en exclusiva a su madre y si ella reside en Chile es allí donde hay que entender que está la residencia de la niña y ha de atenderse al lugar inmediatamente anterior al traslado o retención, y explica que la niña está residiendo en Madrid porque el padre ha retenido a la hija en España en contra del otro progenitor e infringiendo la legalidad chilena.

Alude que en caso de existir error en la residencia del padre, es irrelevante, para esta decisión , siendo claro que la niña se encuentra aquí con su abuela, Explica que no es cierto que exista grave riesgo para la menor.

Refiere que en ninguno de los informes se menciona que la menor no estuviera correctamente atendida o que estuviera en riesgo y destaca que no hubo indicio alguno de que se hubiera producido abuso de ningún tipo a la menor. Explica que la menor fue oída y que han de valorarse con ponderación los documentos aportados insistiendo en que la madre está perfectamente capacitada para el cuidado de la niña y concluye que se ha producido una retención ilícita superando la autorización materna para viajar a España y no existe razón que justifiquen la no restitución.

SEGUNDO.- Se discute en esta alzada la restitución de la menor Marí Jose de 9 años como nacida en Montevideo el NUM000 de 2011 y residente de forma definitiva en Chile desde junio de 2017 según Certificado de Permanencia Definitiva emitido por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile, indicando el informe psicológico aportado con la demanda que los progenitores se "vinieron a vivir a Chile el año 2012".

La historia familiar (elemento nuclear sobre el que se argumentará a continuación), social, educativa, sanitaria y de cualquier orden de Marí Jose aparece indiscutiblemente unida, vinculada y arraigada a, y en Chile y en este sentido es de señalar: i) La niña figura como afiliada (o beneficiaria) del Fondo Nacional de Salud de aquel país, encontrándose clasificado en el Grupo A, según el certificado de 12 de junio de 2017, con su historia de salud, controles (también buco-dentario). El detalle de la atención ambulatoria de la CLINICA000 fechado el 30 de mayo de 2019 , por control talla baja refleja buenas condiciones de la niña con un peso de 19,7 describiendo en el diagnóstico una talla normal baja, con buena velocidad de crecimiento y buen incremento de peso con el plan que se especifica en cuanto a alimentación y deporte - mantenerlo - y control en 6 meses, solicitándose exámenes correspondientes, ii) el Certificado de 26 de septiembre de 2019 reseña que Marí Jose es alumna regular en la institución DIRECCION002 , en aquella capital , en donde asiste a clases de baile; iii) el Certificado del Instituto chileno Norteamericano sobre la alumna Marí Jose en el programa children destaca los datos de los dos semestres de 2019; iv) el Certificado de 17 de octubre de 2019 de Alumno Regular del Colegio DIRECCION003 constata la matriculación de Marí Jose en la Enseñanza Básica, ampliándose en otro documento que indica datos ya de 2018; v) en esos centros educativos las informaciones sobre la etapa de niñez temprana reseñan los logros alcanzados del 94 % y se observa que Marí Jose es una niña muy alegre que demuestra afecto y cariño hacia las personas significativas para ella como lo son sus compañeros y tías, participando en actividades y dando opiniones indicándose que es una niña autónoma que realiza actividades de forma independiente , y en lo relativo a la comunicación se refiere que emplea vocabulario amplio que le permite expresarse con claridad; vi) el informe de evaluación de 2017 de la escuela de Párvulos concluye en las observaciones con las felicitaciones por el rendimiento y los resultados de la niña al haber logrado los



objetivos; vii) los datos ya de la Enseñanza Básica de los años 2018 y 2019 reflejan también notas favorables siendo promovida a segundo año y obteniendo diploma por resultados.

Toda la documentación señalada - además de la materia sustancial que se analizará a continuación sobre la real y verdadera situación familiar y personal de Marí Jose encomendada al cuidado materno, en una judicialización de las relaciones parentales con la niña- evidencia las claras raíces de Marí Jose en aquella sociedad chilena, y por lo que ahora importa, desvirtúa, por una parte, los alegatos de falta de atenciones de la niña y, por otra, determina la auténtica naturaleza de la documentación presentada por el demandado- apelante en un intento infructuoso de hacer aparecer como establecimiento - habitacional se dice en el recurso - de la niña en esta capital, lo que no es sino un estancia meramente transitoria ocasionada por un traslado no conforme a la ley.

Y en este sentido son absolutamente inoperantes por meramente formales el Alta en el padrón de 26 de noviembre de 2019, la matriculación de la niña el 3 diciembre de 2019 en proceso extraordinario o la documentación de 28 de octubre de 2019 sobre la prueba de natación de Marí Jose.

Y todo ello después, precisamente, de que una primera demanda de Jurisdicción voluntaria interpuesta por el padre ahora recurrente, fuera informada por el MF dictaminando la falta de competencia y jurisdicción de estos Tribunales españoles para conocer de ello, declarándose así entonces en 6 de noviembre de 2019 en auto, ya firme, siendo idéntica aquella pretensión a la que se sustancia en la actualidad en el Juzgado nº 80 de los de esta capital, y de los que tuvo ocasión de resolver esta misma Sala, con la salvedad que se indicará.

Y es que, incluso el propio informe médico de 19 de diciembre de 2019 que aporta el interesado destaca tras el relato del padre respecto de los antecedentes de la niña - que como se apuntaba, y se volverá sobre ello - evidencian que la menor se encontraba bien atendida y asistida al indicar que la exploración física en la visita inicial era normal destacando solo un peso en el percentil 8.

Como tal punto de partida, respecto de la inserción y acomodo de Marí Jose en aquella capital chilena absolutamente indubitado, acreditado por la abundante documentación incorporada al procedimiento, valorada conforme a las previsiones del artículo 217 de la LEC., ha de hacerse, ahora, aplicación de la normativa contenida en el Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya, cuyo **ámbito de aplicación establece en los**

Artículo 1 que:

"La finalidad del presente convenio será la siguiente:

- a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Artículo 2

Los Estados contratantes adoptaran todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

Artículo 3

El traslado o la retención de un menor se consideraran ilícitos:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

Artículo 4

El convenio se aplicara a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El convenio dejara de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.

Artículo 5



A los efectos del presente convenio:

- a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;
- b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor por un periodo de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual".

Bajo tales presupuestos legales hay que señalar lo siguiente, y ahora si ya, también, en el aspecto nuclear y sustancial que es el relativo a la situación familiar, personal y del cuidado de Marí Jose .

Como antecedentes conviene destacar que. i) la sentencia de 6 septiembre de 2018 dictada en los Tribunales de familia chilenos marca un fin de semana el padre- sobre el que se indica que vive en Catar - modificando el cuidado personal compartido previo de la niña y concediendo el cuidado personal exclusivo de la hija a la madre , rechazando la suspensión de la relación del padre con la hija si bien deja regulado un régimen mínimo dadas las características laborales del padre y no accediendo a la solicitud de salida del país contra el padre, en atención a la falta de concreción de fechas y porque en esa materia las partes tuvieron acuerdos extrajudiciales , rechazándose la pretensión del padre de cuidado compartido; dicha sentencia fija visitas de fin de semana por medio desde viernes a domingo para el evento que el padre esté en Chile por razón laboral en los términos que reseña el acuerdo dispuesto por el Juez titular del primer juzgado de familia de Santiago; ii) la Sentencia de 5 marzo de 2019 rechaza el recurso de casación formulado contra la sentencia de 14 de noviembre de 2018 dictada por la corte de apelaciones de Santiago ; iii) dado el incumplimiento de tales medidas las partes en procedimiento judicial - madre y doña Piedad abuela paterna de la menor Marí Jose - acuerdan visitas entre la abuela y la nieta aprobadas por el Tribunal competente; iv) la Sentencia de divorcio de las partes es de 18 de abril de 2019 dictada por el Juzgado de Familia 1 de Santiago de Chile; iv) en ese contexto se lleva a cabo la Autorización, que consta en los autos , para salir del país el 12 de septiembre de 2019 donde se expone que la madre AUTORIZA A SU HIJA MENOR Marí Jose PARA QUE PUEDA SALIR de Chile con destino a España y REGRESO A CHILE EN COMPAÑÍA DE Piedad . "LA PRESENTE AUTORIZACION TENDRA UNA DURACION DEL 13 AL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2019.", y todo ello, como ya se había hecho en 11 de junio de 2019, aquella vez para viajar a DIRECCION001 en compañía de la abuela cuando, también, se autorizó la salida de la niña de Chile desde 13 al 28 de julio de 2019 , así como otra autorización, ésta para salir con la abuela con destino a Francia desde el 14 al 30 de enero de 2018; v) La documentación de reclamación ya se firma el 22 de octubre de 2019 y el certificado de BNEFICIO DE ASISTENCIA Jurídica lleva fecha de 21 de octubre de 2019 todo ello a favor de doña María Esther y que tiene por objetivo tramitar la solicitud de restitución de la niña Marí Jose conforme al convenio de la Haya de 1980, formulándose denuncia por la interesada ya el 24 de septiembre de 2019 por sustracción de menores.

Pues bien, frente a ello los alegatos de la parte relativos a que la menor ha residido circunstancialmente en Chile junto a la madre al haberse divorciado y que se trasladó con la abuela a fin de reunirse con su padre y establecerse aquí bajo la autorización Notarial del año 2013 de viaje carece del mínimo refrendo probatorio y obedece a la construcción de un relato de espaldas y ajeno a la realidad por cuanto, como ya se decía anteriormente, los documentos que pretendidamente avalan tales extremos corroboran una situación formal y meramente circunstancial - que en modo alguno acreditan la residencia en este país en los términos legalmente exigidos - y el documento público en cuestión (*allí se decía que ya entonces los progenitores domiciliados en Santiago autorizaban a la niña "para que salga del territorio nacional en viajes al extranjero y hacia cualquier otro país cuantas veces se haga necesario para que viaje sola acompañada de su padre o madre sin límite en el tiempo y hasta la mayoría de edad y sin limitación en cuanto al país extranjero al que se dirija"*) responde a una situación absolutamente superada en la actualidad por cuanto dicho permiso otorgado en aquel entonces por ambos progenitores para que cualquiera de ellos viajara con la menor sin límite de tiempo y hasta que la hija fuera mayor de edad, era i) una autorización conjunta y recíproca; i) otorgada antes del divorcio de ambos y iii) no concedida a la abuela paterna, quien expresamente en esta autorización concreta que si le concede a ella tenía la obligación de devolver a la niña a Chile en la fecha señalada de septiembre de 2019.

Y ello además de señalar que incluso en actuaciones procedimentales realizadas por el padre con relación a las lesiones leves denunciadas se indica que el padre vive en DIRECCION001 (el propio abogado en la medida de protección solicitada) así lo señala.

De todo ello no puede sino concluirse que el traslado de la niña a Madrid con la abuela y su permanencia en este país constituye una sustracción ilícita tal y como establece el Convenio, en modo alguno consentido por la madre como lo evidencia la inmediata puesta en marcha del procedimiento denunciando la sustracción.

TERCERO.- La consideración y calificación legal del traslado como ilícito conlleva el examen de los alegatos del demandado relativos a la aplicación de la causa que impediría el regreso y en su caso la pretensión subsidiaria relativa a la suspensión de la medida , todo conforme a las previsiones del artículo 13 del Convenio.

**Dice el citado precepto:**

"No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

- a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor".

Pues bien, tampoco en estos extremos los alegatos del apelante tienen corroboración alguna; antes al contrario toda la documentación aportada junto con la demanda evidencia que las manifestaciones de la parte demandada carecen de verosimilitud por cuanto los Tribunales chilenos, competentes en todas aquellas y estas reclamaciones, en todas las jurisdicciones desestiman las pretensiones del padre de modificar la custodia materna o de imputar hechos relacionados con daños causados a la menor.

En efecto, las distintas resoluciones judiciales de las Autoridades chilenas - competentes para conocer, resolver y proteger la situación, derechos e intereses de Marí Jose , conforme a la legislación nacional y convenios internacionales - ponen de manifiesto las competencias parentales de la madre y la ausencia de perjuicios en Marí Jose precisados de corrección.

Y en este sentido es de señalar:

a) Informe psicológico de la niña entrevistada por primera vez el 8 de agosto de 2018 - en el que se reseña que el padre se encuentra trabajando en la localidad de DIRECCION001 en una aerolínea como piloto de avión - reseña que "dado la necesidad de parte de Marí Jose por querer que sus progenitores volvieran a estar en una relación afectiva, ha generado sentimientos de odio y rechazo hacia la pareja actual de la madre, por lo cual dicha instancia de supuestos juegos de incomodidad , fueron desmentidos por Marí Jose , de manera que generó un espacio de manipulación para que su madre dejara a su pareja actual. Se informa que la niña mantiene un alto nivel de energía vital , elevado para su edad cronológica correspondiente , añadiendo que "...en un primer momento Marí Jose expone la situación de que quiere vivir en Chile en conjunto de sus progenitoressu área cognitiva se encuentra en un estado óptimo,es necesario que el padre se manifieste con un rol activo como cuidador,exponiendo la situación que su padre no se ha comunicado con ella , tampoco...". Se concluye que se aprecia una madre que manifiesta constantes preocupaciones por el cuidado de su hijaha logrado una capacidad de resiliencialogrando una capacidad de entendimiento paulatinamente, en tanto a las causas de la separación.

b) En informe de psicólogo actuante se indica en relación a la abuela que no hay "un interés al respecto por la situación de Marí Jose , insistiendo en la invisibilización de la estabilidad emocional de su nieta y así, doña Piedad en todo momento velando por el bienestar de ella misma y su hijo, sin visualizar las consecuencias que podría tener aquellos hechos en Marí Jose .

c) Ya en el informe social del año 2014 se dictamina que la niña identifica a su madre como figura de protección y de afectos y se reseña respecto a la situación socioeconómica que se constata que la vivienda donde se encuentra la niña Marí Jose cuenta con todos los inmuebles necesarios para su desarrollo. Y que al momento de la visita se encontraba en buenas condiciones de cuidado e higiene. Y en cuanto a la entrevista la Sra. María Esther refiere que ella ha podido realizar la compra de los alimentos y de los productos para el cuidado de su hija gracias al aporte económico que le ha entregado sus padres, y se concluye que el motivo del "ingreso de la niña nuestro Centro, obedece a una denuncia que realiza el padre de ésta por protección en contra de su madre, lo que no pudo ser constatado en las entrevistas y visita domiciliaria.....En relación a la situación de vulneración es posible identificar, de acuerdo a las entrevistas sostenidas, que el maltrato principalmente psicológico ejercido por el padre de Marí Jose hacia su madre ha vulnerado a Marí Jose en su derecho a crecer en un ambiente adecuado para su desarrollo integral". Y Se señala que se aprecia un vínculo significativo de afecto y preocupación hacia el bienestar de la niña por parte de su madre como también por



parte de la familia extensa materna quien ha asumido en estos últimos dos meses un rol protector y de apoyo tanto a la niña como a su madre. En cuanto a la salud de la niña la Sra, María Esther mantiene a su hija Marí Jose en controles regulares con su pediatra para aumentar y estabilizar el peso de ésta, alejándola del riesgo de desnutrición. El hogar de Marí Jose cuenta con los insumos necesarios para cubrir las necesidades de la niña. Y se sugiere que la madre mantenga el cuidado personal de la niña.

d) El informe de DAM destaca respecto al ejercicio de la parentalidad de la madre que prestaría un repertorio de competencias parentales satisfactorias visualizándose un vínculo cercano y afectivo en relación a su hija y de acuerdo al proceso de evaluación la peritada cuenta con elementos básicos que garantizan los cuidados y protección de la niña y se informa que la niña cuenta con las condiciones de protección para garantizar sus derechos, los cuales son proporcionados actualmente por su madre.

e) En cuanto al rol parental se informa en dictamen que la madre presenta habilidades parentales satisfactorias, todo ello ya en febrero de 2019.

f) Y por todo ello el 5 de junio de 2019 se inicia medida de protección solicitada por el padre y tras la valoración de dictámenes diversos se argumenta en la resolución judicial que "se adquiere la convicción que no existen actos vulneradores de derechos imputables a la madre, por el contrario el informe DAM concluye que la madre tiene habilidades parentales satisfactorias ..." y tras la aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño se razona que "estamos frente a un padre que ha intentado dos demandas de medida de protección en contra de la madre obligando no solo a la madre sino que a la niña a someterse al sistema judicial", volviendo a relatar que el padre vive hace varios años en DIRECCION001 y atendiendo a todo ello al no advertir daño en la niña producto de las acciones que se le imputan a la expareja de la madre se resuelve por Juez Titular Primera Juzgado de Familia de Santiago rechazar las medidas solicitadas condenando en costas al padre y a la abuela, aquí parte demandadas.

De cuanto se ha expuesto es claro que no puede inferirse la existencia de peligro o daño alguno para Marí Jose derivado del entorno convivencial materno y de sus exclusivos cuidados en la guarda de la menor, establecida así en sentencia judicial sin que quepa otorgar al informe médico relativo al estado de ansiedad de la niña de fecha 2 de marzo, inmediatamente posterior a las vicisitudes del presente procedimiento - y a las que debe ser ajena Marí Jose por la inadecuación o posibilidad de gestionar la responsabilidad derivada de todo ello - otras consecuencias y efectos jurídicos, relacionados con cuanto se acaba de exponer.

El propio planteamiento de la parte demandada cuando hace recaer en la decisión de la niña "absoluta negativa y rechazo frontal a retornar a Chile" las consecuencias de aquella actuación y obrar ilícito del padre y abuela de Marí Jose comporta la asunción por la niña de una actuación que excede las capacidades y madurez correspondientes a su edad, generando conflictos de lealtades en cuanto la exploración de la menor lo que evidenció - como por otra parte una y otra vez todos los informes ya señalados indicaban - que preferiría que papa y mama también vivieran aquí, sin rechazo de clase alguna a la figura materna, a quien conforme a las disposiciones del convenio compete la decisión de fijar el domicilio de la menor.

Por cuanto antecede no procede sino rechazar los alegatos realizados al amparo del artículo 13 y asimismo la pretensión subsidiaria en orden a la suspensión de la medida correctamente acordada.

CUARTO.- Y por último procede rechazar un alegato que a modo de una cierta prejudicialidad pretende obstaculizar el regreso de Marí Jose a Chile, y es el que concierne a la existencia de un procedimiento judicial abierto en estos Tribunales - Juzgado número 80 de esta capital, al que se participará a los correspondientes efectos la presente resolución - en el que por segunda vez se articuló una demanda de JV.

Preciso es señalar que dicha demanda orilló o silenció toda la documentación existente y que se acaba de exponer y a pesar de lo cual - careciendo de estos datos - ya este mismo Tribunal advirtió, como no podía ser de otra forma, en auto de 3 de julio de 2020 en procedimiento de Intervención Judicial "desacuerdo ejercicio patria potestad al determinar la competencia para conocer de las medidas paterno- filiales urgentes" planteada por el ahora recurrente Don Iván, al conocer en apelación del auto dictado por el Juzgado de Primera instancia que declaró que carecía de "Jurisdicción y competencia internacional para conocer de las medidas" que aplicaba el Reglamento (CE) **2201/2003**, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, porque el Reglamento 2019/2011 del Consejo de 25 de junio de 2019, también relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y a la sustracción de menores, no es aplicable hasta el 1 de agosto de 2022. Y también se hacía constar, como es notorio, que la menor lleva en Madrid un tiempo inferior a un año aludiendo a que "solo se solicita una medida cautelar y provisional de protección de la menor..." y lo que es más importante se indicaba que ello .." es respetuoso con otras materias, como una posible sustracción internacional."

Y se vuelve a insistir en esa idea cuando más adelante se argumenta que:



"Además el artículo 20 permite que en supuestos de urgencia se adopten medidas provisionales o cautelares previstas en la propia legislación, en relación con personas presentes en dicho Estado, aun cuando fuera otro Estado el competente para conocer el fondo del asunto. Medidas que dejan de tener aplicación, si se adoptan otras por el estado competente, y que no impiden, si fuera el caso, que se solicitara la restitución del menor, conforme dispone el Convenio de la Haya de 1980, de 25 de octubre, o el artículo 10 del mismo Reglamento".

Por todo cuando se ha expuesto no procede sino confirmar íntegramente la resolución apelada desestimando las pretensiones revocatorias formuladas contra la misma.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la naturaleza de la cuestión debatida y circunstancias concurrentes, no se hace especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por don Iván y doña Piedad contra la Sentencia dictada en fecha 28 de febrero de 2020, por el Juzgado de Primera Instancia nº 79 de los de Madrid, en autos de Restitución o retorno de menores seguidos, bajo el nº 119/20, entre el Abogado del Estado y dichos litigantes, debemos confirmar la resolución impugnada.

Póngase esta resolución en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia nº 80 de los de Madrid a los correspondientes efectos.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

Firme que se esta resolución, dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-0644-20, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe