



Roj: **SAP SA 861/2021 - ECLI:ES:APSA:2021:861**

Id Cendoj: **37274370012021100861**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2021**

Nº de Recurso: **358/2021**

Nº de Resolución: **710/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ANTONIO VEGA BRAVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00710/2021

Modelo: N10250

GRAN VIA, 37-39

Teléfono: 923.12.67.20 **Fax:** 923.26.07.34

Correo electrónico:

Equipo/usuario: ALG

N.I.G. 47186 42 1 2019 0017088

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000358 /2021

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.8 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000343 /2020

Recurrente: Irene

Procurador: MARIA DE LOS ANGELES RODRIGUEZ PALOMERO

Abogado: INÉS BLANCO HERNÁNDEZ

Recurrido: Romeo , Maribel

Procurador: ISIDORO GARCIA MARCOS,

Abogado: VALENTINA SARDI ZULUAGA,

S E N T E N C I A

Ilmos Magistrados-Jueces Sres.:

D. JOSE ANTONIO VEGA BRAVO

D. JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ

D. EUGENIO RUBIO GARCIA

En SALAMANCA, a diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de SALAMANCA, los Autos de FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000343/2020, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.8 de SALAMANCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000358/2021, en los que aparece como parte apelante, Irene , representado por el Procurador de los



tribunales, Sra. MARIA DE LOS ANGELES RODRIGUEZ PALOMERO, asistido por el Abogado D. INÉS BLANCO HERNÁNDEZ, y como parte apelada, Romeo , Maribel , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. ISIDORO GARCIA MARCOS, asistido por el Abogado D. VALENTINA SARDI ZULUAGA,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.8 de SALAMANCA, se dictó sentencia con fecha cuatro de Marzo de 2021, en el procedimiento FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000358 /2021 del que dimana este recurso,

Segundo.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandante, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando se dicte Sentencia en la que estimando el recurso de apelación revoque la sentencia en los términos que se desprenden de los motivos articulados en el cuerpo de este escrito, estimando íntegramente la demanda con imposición de las costas a la demandada.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación interpuesto y después de formular las alegaciones que estimó pertinentes suplica se dicte sentencia por la que desestimando de forma íntegra el recurso de apelación formulado de adverso, confirme en lo recurrido la Sentencia dictada en la instancia con imposición de costas a la parte recurrente.

Dado traslado al Ministerio Fiscal, se opuso a la pernocta a partir de los 5 años, pero se ha adherido a las medidas de protección, relativas a la prohibición de salida del menor del territorio nacional sin autorización judicial.

Tercero.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, , señalándose la audiencia del día 10 de noviembre de 2021, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

Cuarto.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La parte actora ha centrado su recurso de apelación en dos aspectos:

1) La pernocta en el régimen de visitas acordado a favor el progenitor no custodio, a cuyo respecto se interesa que se fije a partir de los 5 años de edad del menor, siendo el régimen a establecer antes de esta edad, sin pernocta.

2) La procedencia de la adopción de una serie de medidas para evitar la sustracción del menor por alguno de sus progenitores o por terceras personas, a saber:

*Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

*Y Prohibición de expedición de pasaporte del menor o retirada del mismo si ya se hubiera expedido.

La parte demandada se opuso a dicho recurso.

El MF se opuso a la pernocta a partir de los 5 años, pero se ha adherido a las medidas de protección, relativas a la prohibición de salida del menor del territorio nacional sin autorización judicial.

Segundo.- La solución de conflictos como el presente pasa necesariamente por llevar a cabo una adecuada y prudente valoración de los intereses del menor afectado.

A cuyo efecto conviene recordar que la jurisprudencia de la **Sala Primera, a partir de la STS n.º 565/2009, de 31 de julio** , comenzó a interpretar el principio de salvaguarda del interés del menor, estableciendo pautas inspiradas en la "Children Act británica" de 1989, que había introducido un desarrollo de este concepto jurídico indeterminado. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 55/1996, se ha referido al mismo como una "zona de incertidumbre o penumbra".

La Observación General del Comité de los Derechos del Niño n.º14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial hace un detallado análisis, en el que profundiza el Estudio de la defensora del pueblo sobre la escucha y el interés superior del menor, de mayo de 2014.



Ha estado siempre presente en los distintos pronunciamientos jurisprudenciales, y así, la reciente S. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, 20-7-2015, n.º 416/2015, rec. 1791/2014, expone la doctrina que recoge la Observación general n.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en el ámbito de las Naciones Unidas, según el cual:

"El interés superior del niño tiene tres dimensiones:

A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...

C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...".

Esta doctrina es también recogida en el preámbulo de la nueva LO 8/15 y trata de recogerse en el nuevo articulado de la LO 1/96. Se fijan criterios generales de interpretación de lo que es el superior interés del menor, con carácter abierto (art. 2.2). Se establece en el art. 2.3 que esos criterios deben ser ponderados conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, y se relacionan algunos datos de valoración, destacando la edad y madurez del menor, el efecto del trascurso del tiempo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para su desarrollo, entre otros.

Acoge con ello, los criterios de la S. Tribunal Supremo Sala 1.ª, S 31-7-2009, n.º 565/2009, rec. 247/2007, que fija como doctrina jurisprudencial que el juez al examinar la impugnación de la declaración de desamparo debe contemplar el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración, con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Igualmente sienta como doctrina que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es necesario que esta evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor.

La STS Sala 1.ª, S 13-2-2015, n.º 47/2015, rec. 2339/2013, en su FJ 3.º se refiere a estos datos de valoración.

Y, por último, como norma de procedimiento, establece que las medidas fundadas en el interés superior del menor, debe hacerse con respeto a las garantías del proceso. Reflejo de ello es el reconocimiento de un menor rigor formal en este tipo de procesos, admitiendo que las medidas se fijen en atención al interés del menor con independencia de lo pedido por las partes (STC Sala 1.ª, S 4-4-2005, n.º 75/2005, rec. 1713/2002; STC, Sala 1.ª, 10-12-2014).

En este orden de ideas la S. Tribunal Supremo Sala 1.ª, S 13-2-2015, n.º 47/2015, rec. 2339/2013, FJ 3.º:

"(...) circunstancia que nada tiene que ver con el interés del menor, sino con el de los abuelos maternos del que, es cierto, no está necesariamente disociado pero que necesita para acordarlo de una justificación más rigurosa (...)".

También por el TC: STC Sala 1.ª, S 4-4-2005, n.º 75/2005, BOE 111/2005, de 10 de mayo de 2005, rec. 1713/2002, en su FJ 5.º:

"(...) presenta una amplia exposición doctrinal en su fundamentación sobre la noción y función del acogimiento como institución jurídica, pero, sin embargo, no expresa las razones concretas que justifican la adopción de tal medida en el caso enjuiciado, limitándose a indicar simplemente que la misma se acuerda en interés del menor. En efecto, tras aquella genérica exposición doctrinal, el referido Auto contiene como toda explicación que justifica el acuerdo adoptado la siguiente: "en este caso el interés del menor justifica la constitución del acogimiento". Una decisión de este tenor no puede satisfacer las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales en el ámbito del derecho fundamental contemplado en el art. 24 CE".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) igualmente se refiere a esa ponderación y analiza si los tribunales internos han llevado a cabo una evaluación en profundidad de la situación de la familia y de una serie completa de factores, en especial de los factores de hecho, emocionales, psicológicos, materiales y médicos,

y si han hecho una ponderación y una evaluación razonable de los intereses respectivos de cada persona, con una preocupación constante para determinar qué habría sido la mejor situación para el niño (vid . STEDH 13 de marzo de 2012 Y.Z. contra el Reino Unido).

Igualmente conviene destacar que el TEDH da una gran importancia a la opinión de los menores en el proceso para determinar su superior interés. Como muestra puede citarse la STEDH de 15 de marzo de 2012 Levin contra Suecia , que analizando la negativa de dos menores de 9 y 7 años a que se ampliaran las visitas de su madre biológica, se afirma que tal opinión no puede ser negada ni trivializada.

A todo lo cual hemos de añadir la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, cuyo Preámbulo insiste en que:

"La protección de las personas menores de edad es una obligación prioritaria de los poderes públicos, reconocida en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos tratados internacionales, entre los que destaca la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990.

Los principales referentes normativos de protección infantil circunscritos al ámbito de Naciones Unidas son los tres protocolos facultativos de la citada Convención y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, que se encargan de conectar este marco de Derecho Internacional con realidades educativas, sanitarias, jurídicas y sociales que atañen a niños, niñas y adolescentes. En el caso de esta ley orgánica, son especialmente relevantes la Observación General número 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado, la Observación General número 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la Observación General número 14, de 2014, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente.

La Unión Europea, por su parte, expresa la «protección de los derechos del niño» a través del artículo 3 del Tratado de Lisboa y es un objetivo general de la política común, tanto en el espacio interno como en las relaciones exteriores.

El Consejo de Europa, asimismo, cuenta con estándares internacionales para garantizar la protección de los derechos de las personas menores de edad como son el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia; además de incluir en la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021) un llamamiento a todos los Estados miembros para erradicar toda forma de castigo físico sobre la infancia.

Esta ley orgánica se relaciona también con los compromisos y metas del Pacto de Estado contra la violencia de género, así como de la Agenda 2030 en varios ámbitos, y de forma muy específica con la meta 16.2: «Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños.» dentro del Objetivo 16 de promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas. Las niñas, por su edad y sexo, muchas veces son doblemente discriminadas o agredidas. Por eso esta ley debe tener en cuenta las formas de violencia que las niñas sufren específicamente por el hecho de ser niñas y así abordarlas y prevenirlas a la vez que se incide en que solo una sociedad que educa en respeto e igualdad será capaz de erradicar la violencia hacia las niñas."

"La aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños, niñas y adolescentes," añade, "no solo responde a la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico los compromisos internacionales asumidos por España en la protección integral de las personas menores de edad, sino a la relevancia de una materia que conecta de forma directa con el sano desarrollo de nuestra sociedad.

Como indica el Comité de los Derechos del Niño en la citada Observación General número 13, las graves repercusiones de la violencia y los malos tratos sufridos por los niños, niñas y adolescentes son sobradamente conocidas. Esos actos, entre otras muchas consecuencias, pueden causar lesiones que pueden provocar discapacidad; problemas de salud física, como el retraso en el desarrollo físico y la aparición posterior de enfermedades; dificultades de aprendizaje incluidos problemas de rendimiento en la escuela y en el trabajo; consecuencias psicológicas y emocionales como trastornos afectivos, trauma, ansiedad, inseguridad y destrucción de la autoestima; problemas de salud mental como ansiedad y trastornos depresivos o intentos de suicidio, y comportamientos perjudiciales para la salud como el abuso de sustancias adictivas o la iniciación precoz en la actividad sexual".

"Cabe destacar que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad son sujetos especialmente sensibles y vulnerables a esta tipología de violencia, expuestos de forma agravada a sus efectos y con mayores dificultades para el acceso, en igualdad de oportunidades, al ejercicio de sus derechos."

"Esta ley", SE SIGUE DICIENDO, "otorga una prioridad esencial a la **prevención**, la socialización y la educación, tanto entre las personas menores de edad como entre las familias y la propia sociedad civil. La norma establece medidas de protección, detección precoz, asistencia, reintegración de derechos vulnerados y recuperación de la víctima, que encuentran su inspiración en los modelos integrales de atención identificados como buenas prácticas a la hora de evitar la victimización secundaria".

"Abre paso a un nuevo paradigma de prevención y protección común en todo el territorio del Estado frente a la vulneración de derechos de las personas menores de edad y favorece que el conjunto de las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, refuercen su implicación en un objetivo de alcance general como es la lucha contra la violencia sobre los niños, niñas y adolescentes, del todo consecuente con los compromisos internacionales del Estado.

La ley, en definitiva, atiende al derecho de los niños, niñas y adolescentes de no ser objeto de ninguna forma de violencia, asume con rigor los tratados internacionales ratificados por España y va un paso más allá con su carácter integral en las materias que asocia a su marco de efectividad, ya sea en su realidad estrictamente sustantiva como en su voluntad didáctica, divulgativa y cohesionadora.

A tales efectos, dicha ley a través de las disposiciones finales ha llevado a cabo la modificación de diferentes cuerpos normativos.

Y, en concreto, **en lo que aquí nos afecta**, la disposición final segunda **modifica el artículo 92 del Código Civil** para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia.

Asimismo, se modifica **el artículo 154 del Código Civil**, a fin de establecer con claridad que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos e hijas menores de edad forma parte del contenido de la potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Ello implica que, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia, como así se ha fijado ya explícitamente por algunas comunidades autónomas. Así, se aclaran las posibles dudas interpretativas con los conceptos autónomos de la normativa internacional, concretamente, el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, en sus artículos 2, 9 y 3 respectivamente, ya que en la normativa internacional la custodia y la guarda comprenden el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de la persona menor de edad, siendo un concepto autónomo que no coincide ni debe confundirse con el contenido de lo que se entiende por guarda y custodia en nuestras leyes internas. Ese cambio completa la vigente redacción d **el artículo 158 del Código Civil**, que contempla como medidas de protección «Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor».

Se modifica el artículo 158 del Código Civil, con el **fin de que el Juez pueda acordar la suspensión cautelar** en el ejercicio **de la patria potestad y/o** el ejercicio de la **guarda y custodia**, la suspensión cautelar **del régimen de visitas** y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, **a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios** en su entorno familiar o frente a terceras personas, con la garantía de la audiencia de la persona menor de edad.

Por último, se modifica el artículo 172.5 del Código Civil, que regula los supuestos de cesación de la tutela y de la guarda provisional de las entidades públicas de protección, ampliando de 6 a 12 meses el plazo desde que el menor abandonó voluntariamente el centro.

Por su parte, la disposición final octava correspondiente a la modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a completar la revisión del sistema de protección de la infancia y adolescencia llevada a cabo en el año 2015 con la **descripción de los indicadores de riesgo para la valoración de la situación de riesgo**.

Tercero.- Sentado lo anterior, hemos de añadir a continuación en primer lugar en cuanto a la pernocta, que, en realidad de verdad, en materia de visitas no hay ninguna norma que regule como se ha de realizar el reparto del tiempo.



Lo razonable es tomar como punto de partida la edad del menor, a los fines de adaptarnos a sus necesidades e interés cambiante y dinámico por naturaleza-cfr. Las pautas contenidas en los estudios de psicología infantil del Children's Rights Council-. En este sentido, lo razonable se ha considerado que es comenzar la pernocta entre los dos y los cinco años.

De manera que como a fecha de hoy el niño ha cumplido ya 4 años, debe mantenerse la pernocta acordada. Así como el resto del régimen de comunicación y visitas, que se considera adecuado y acertadamente adaptado a las necesidades del hijo y sus progenitores.

Cuarto. - En lo relativo a las medidas cautelares solicitadas al amparo del art. 158 CC, hemos de indicar que es claro que su aplicación requiere que conste en autos temor fundado a una sustracción, para que no se expida pasaporte a un menor fruto de dicho temor, o para instar la prohibición de salida del país del menor- Cfr SAP de Baleares, Sección 4ª 19 de septiembre de 2019); o SAP Madrid, Sección 22, de 31 de julio de 2019, si existe una declaración de desamparo-.

Al mismo tiempo no podemos olvidar la importancia de estas medidas preventivas cuando la sustracción del menor se puede producir a ciertos países que, por su legislación, características sociales y religiosas, provocan que su retorno se vuelva muy difícil, sobre todo si se trata de un secuestro internacional a un país no signatario del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores 61. Este Convenio está dirigido a «velar por que los derechos de custodia y visitas vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes» (art. 1.2) 62. La realidad muestra que en los casos de sustracción del menor a un país extranjero «el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre los menores y el progenitor que no vive con ellos», de manera que se debe «de volver lo antes posible al statu quo anterior, para evitar la consolidación jurídica de situaciones de hecho inicialmente ilícitas» [STEDH de 6 de noviembre de 2008, caso Carlson contra Suiza, (TEDH 2008, 86)].

El principio de proporcionalidad, que como es conocido opera como presupuesto de constitucionalidad de las medidas que restringen o limitan derechos fundamentales, significa que la aplicación de ambas medidas debe ser adecuada a la finalidad legítima perseguida, que no es otra que la protección del interés superior del menor, como principio de orden público. El legislador parte de que las medidas cautelares a adoptar son restrictivas de derechos individuales, como el derecho de comunicación que tienen progenitores, tutores y otros parientes de poder relacionarse con el hijo, pupilo o allegado y viceversa. De manera que su aplicación debe de buscar que el bien jurídico protegido (el interés del menor) exija ser tutelado en última instancia a través de la privación o restricción de aquellos derechos. La medida debe ser, por tanto, adecuada, necesaria y razonable. Lo que conlleva por parte del Juez una ponderación de los derechos en colisión. Como ha establecido el TC en relación con el principio de proporcionalidad y las medidas restrictivas de derechos, la correcta y razonable ponderación por parte del órgano judicial se ha de concretar en las tres siguientes condiciones:

- a) «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);
- b) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad);
- c) y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» [SSTC de 5 de diciembre de 2013 (RTC 2013, 199, FJ 7.º) y de 13 de febrero de 2014 (RTC 2014, 23)].

En general, pues, el Juez deberá adoptar las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios «en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses» (art. 158.6.º CC).

El art. 2 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, adoptado por la Conferencia de la Haya en 1980, del que España es signataria, compromete a los Estados contratantes a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus respectivos territorios los objetivos de la Convención, que no son otros que garantizar la restitución de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado y velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en cada uno de los Estados contratantes se cumplan en los demás. Hay que tener presente también que la sustracción de menores está tipificada como delito en el art. 225 bis del Código Penal.

Para los países de la UE se encuentra también el Reglamento 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Nos encontramos así con dos sistemas para los países de la Unión, dependiendo de si la sustracción es intra o extracomunitaria.



En el primer caso, rige el Reglamento 2201/2003.

Y en los demás, dependerá de qué convenios sean parte los Estados en cuestión.

En el caso de sustracción de menores, el TEDH ha venido considerando que los Estados deben de desplegar todas las medidas adecuadas, necesarias y efectivas para restituir a los menores sustraídos al progenitor que ostenta su guarda y custodia. Estas medidas comportan que el procedimiento para lograrlo sea lo más rápido posible y que también lo sea la ejecución de las sentencias definitivas internas. Sobre la jurisprudencia del TEDH en este ámbito vid. SALES I JARDÍ, M., La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva, Bosch, Barcelona, 2015, p. 65-70 y 188.

Quinto.- La sentencia de instancia deniega las medidas de protección solicitadas porque no aprecia riesgo alguno de sustracción del menor, ya que el padre no es el progenitor custodio, sino que solo tiene un régimen de visitas, y además, a tenor del interrogatorio del actor, así como de los mensajes de WhatsApp aportados a las actuaciones, se deduce, que D. Romeo había acudido a Estados Unidos, con la finalidad de visitar a unos familiares o amigos no queda claro.

Pues bien, esta sala considera que sí concurre en el presente caso el parámetro de la proporcionalidad de las medidas solicitadas, pues la aplicación de las mismas entendemos que se revela como adecuada a la finalidad legítima perseguida, que no es otra, como hemos dicho, que la protección del interés superior del menor, como principio de orden público, el cual exige en este caso ser tutelado en última instancia a través de la privación o restricción de los derechos del progenitor a comunicarse con su hijo mediante la adopción de las medidas de prevención que se han pedido.

Toda vez que dichas medidas son adecuadas, necesarias y razonables. En efecto, la correcta y razonable ponderación por de los intereses en conflicto permite concluir que tales medidas:

a) Son susceptible de conseguir el objetivo propuesto, de manera que superan el juicio de idoneidad, pues permiten asegurar que el menor no sea llevado sin permiso fuera del territorio nacional;

b) Además, son necesarias (juicio de necesidad), en el doble sentido, a saber:

-Porque hay en autos indicios que avalan la adopción de las prevenciones solicitadas, pues D. Romeo tiene familiares y/o amigos de Estados Unidos, a los que vio en una visita larga y reciente, donde al parecer también acudió en busca de trabajo. Además, tiene una segunda **nacionalidad** junto con la Española, la Peruana, país este último donde se encuentran el mayor número de sus familiares y amigos.

-Y porque no sustituibles por otras medidas menos gravosas, en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia.

c) Finalmente, las mismas son ponderadas o equilibradas, por cuanto se derivan de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Por demás, hemos de añadir que no obsta a lo dicho el hecho de que D. Romeo obtuvo la **nacionalidad** española por residencia continuada en España, por haber demostrado que tiene nexos y arraigo en este país, porque son planos normativos distintos. De modo que la decisión del Ministerio de justicia respecto del citado arraigo no excluye que el afectado pueda tener también arraigo en su otro país. Lo cual en el ámbito en el que nos encontramos obliga a valorar si ambos legítimos y perfectamente respetables arraigos pueden o no influir en la existencia de un riesgo de sustracción del menor durante el cumplimiento del régimen de visitas. Riesgo que como se ha dicho sí existe, y, además, respecto de unos países como USA y Perú fuera de la Unión Europea, lo que dificulta aún más el, en su caso, pronto retorno.

Ni constituye, en fin, obstáculo a lo dicho que D. Romeo tenga familia extensa en España, compuesta por sus tíos; o que haya adquirido una vivienda por medio de un préstamo hipotecario en España, hace más de 8 años; o que el informe de su vida laboral en España muestre el desempeño desde el 25 de octubre de 2010 de una serie de trabajos concatenados en España. Pues sigue siendo igualmente cierto que tiene familiares y/o amigos en USA, así como que en Perú se encuentran el mayor número de sus familiares y amigos.

Procede, pues, estimar parcialmente el presente recurso de apelación.

Sexto.- Por aplicación del artículo 757 no se hace imposición de las costas de este recurso a ninguna de esas partes en atención a la naturaleza pública e indisponible de los intereses debatidos.

Fallo.



LA SALA ACUERDA: estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a Irene contra la sentencia de fecha cuatro de Marzo de 2021, que confirmamos, salvo en lo relativo a la adopción de las medidas de precaución, a cuyo efecto acordamos la adopción de las siguientes medidas para evitar la sustracción del hijos menor por alguno de los progenitores o por terceras personas :

-1ª Prohibición de salida del menor de territorio nacional, salvo autorización judicial previa;

-2ª Prohibición de expedición de pasaporte del menor o retirada del mismo si ya se hubiera expedido.

Todo ello si en hacer imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes

Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, 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 Consignaciones y Depósitos de esta Audiencia.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento, una vez firme.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.