



Roj: **SAP B 7839/2022 - ECLI:ES:APB:2022:7839**

Id Cendoj: **08019370182022100378**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **15/07/2022**

Nº de Recurso: **525/2022**

Nº de Resolución: **409/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120228090569

Recurso de apelación 525/2022 -E

Materia: Otros supuestos no contemplados

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 189/2022

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0970000012052522

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0970000012052522

Parte recurrente/Solicitante: Zaida , MINISTERI FISCAL

Procurador/a: Carlos Turrado Martin-Mora

Abogado/a: LAURA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Parte recurrida: Florian

Procurador/a: Ines Beltri Vicente

Abogado/a: Ramsés Abad Roset

SENTENCIA Nº 409/2022

Magistrados:

D. Francisco Javier Pereda Gámez D^a M^a José Pérez Tormo D^a Dolors Viñas Maestre (Ponente)

Barcelona, 15 de julio de 2022

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada de fecha 3-5-2022 es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a Inés Beltri Vicente, en nombre y representación de D^o Florian , contra D^a Zaida representada por el Procurador de los Tribunales D^o Carlos Turrado Martín Mora, debo declarar y declaro que el traslado de la menor Ariadna desde Londres (Reino Unido) a Barcelona (España) fue ilícito, acordando por la presente el retorno de la menor al Reino Unido, acompañada de la madre D^a Zaida y, de no efectuarse dicho traslado a Londres en el plazo de 15 días a partir de la notificación de la presente resolución, podrá el padre D^o Florian recoger a la hija Ariadna en Barcelona y trasladarla a Londres.

Como medidas cautelares y por mientras se sustancia el retorno de la menor Ariadna a Londres el padre Florian podrá comunicar con su hija por teléfono o videollamada, cuando menos por espacio de una hora, durante tres días a la semana que, en defecto de acuerdo, serán los martes, los jueves y los domingos en horarios que no interfiera la rutina y descansos de la menor.

Y todo ello con expresa condena con costas a la parte demandada, incluyendo aquellas en que haya incurrido o vaya a incurrir el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasionen el retorno de la menor Ariadna a Londres."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal que se opusieron; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 14-6-2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento y hechos acreditados.

La hija menor, sustraída a España por su madre, nació el NUM000 -2017 en Londres. La madre es de **nacionalidad** española y el padre de **nacionalidad** irlandesa. Ambos son titulares de la responsabilidad parental y residen en Londres. No hay contienda sobre este extremo: la residencia habitual de la hija es Londres, en dicha ciudad residía con sus padres y acudía primero a la guardería y desde septiembre de 2021 a la Escuela para cursar primaria.

La madre viajó con la hija a España con ocasión de las vacaciones del primer trimestre en octubre de 2021. Tenían previsto viaje de vuelta a Londres el 1-11-2021 pero no regresaron. El 28-11-2021 la madre comunica al padre que no regresan y que ha planteado una denuncia contra el padre por abuso sexual de la hija.

Hay denuncia planteada en la Policía de Barcelona el 28-10-2021. Y Diligencias penales abiertas en España. Los Tribunales españoles se han declarado competentes para la instrucción del delito denunciado. Se ha aportado Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3-5-2022 que ordena remitir la causa al Juzgado Central de Instrucción. Ambos progenitores afirman que también hay denuncia en Londres, pero se desconoce el recorrido de dicha denuncia.

El padre acredita presentación de demanda de divorcio en Londres, pero no consta procedimiento de medidas sobre responsabilidad parental. Este Tribunal ha solicitado a los Tribunales del Reino Unido información sobre la existencia de procedimiento pendiente sobre responsabilidad parental y si se han adoptado medidas. La oficina de Jueces de enlace confirma que hay procedimiento de divorcio con resolución datada el 8 de marzo de 2022 pero que no hay registrado ningún procedimiento de responsabilidad parental pendiente en Inglaterra y Gales.

La madre prueba que contactó el 26-10-2021 con una Asociación benéfica de protección de niños del Reino Unido (The National Child Traumatic Stress Network) para recibir asesoramiento. En los correos electrónicos intercambiados se le recomienda que denuncie a la Policía.

La madre se opone a restituir a la menor al amparo del art. 13 b) del Convenio de la Haya sobre sustracción de menores de 1980 -grave riesgo de que la restitución de la menor la exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga a la menor en una situación intolerable-. Afirma que en las vacaciones estivales de 2021 la niña le explicó a la madre que papa hacía una cosa que no le gustaba, que le metía el dedo en el culito. La madre buscó asesoramiento a través de su cuñada que dice trabaja como educadora social especializada en infancia en España y aporta transcripción de las conversaciones mantenidas con su cuñada sobre la forma de proceder y de un video grabado en el que la niña reitera su manifestación acompañada de gestos. La madre regresó a Londres después de las vacaciones estivales donde permaneció hasta octubre. Acredita que desde septiembre de 2021 ha recibido soporte psicológico *on line*. En España ha acudido a la Unitat d'Atenció de Violència contra la Infància i l'Adolescència del DIRECCION000 . La primera visita la tuvo la madre el 25-4-2022 y la niña esta citada para el 22-6-2022. Acredita que hay expediente

de protección abierto ante la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència pero no que se hayan adoptado medidas o realizado gestiones. En España madre e hija están residiendo con los abuelos maternos y se acredita escolarización. La madre alega que la niña tiene insomnio, pesadillas, rechazo al contacto y a bañarse desnuda.

En el recurso de apelación reitera los motivos de oposición al traslado y alega en síntesis que no se ha tenido en cuenta el interés de la niña, ni la prueba practicada y que se ha dado prioridad al interés del padre; que la madre y la hija necesitan de un entorno social, personal y emocional que les ofrezca seguridad y protección y que esto solo es posible en España; que madre e hija no tienen familiares en el Reino Unido porque toda la familia materna se encuentra en Barcelona; que la madre recibe tratamiento psicológico en España y madre e hija se encuentra vinculadas a la Unidad de Abusos del DIRECCION000 ; que la madre no tiene trabajo en Londres desde septiembre de 2021 por lo que depende económicamente del padre y no cuenta con domicilio ni con ingresos en Londres para atender a su hija.

Subsidiariamente solicita la suspensión del régimen de visitas establecido hasta que por los tribunales de Londres se adopten medidas.

El padre solicita la confirmación de la sentencia. Niega la realidad de los hechos denunciados; alega que no hay imputación formal contra el mismo; que ningún profesional ha evaluado a la niña y que las alegaciones de la madre se fundan en hechos que a criterio del demandante no están contrastados, habla de verbalización de la niña a preguntas que califica de tendenciosas; alega que aun cuando se apreciara riesgo debería acreditarse que las autoridades del Reino Unido no están en disposición de adoptar medidas eficaces para proteger a la niña. Ofrece, hasta que por los Tribunales del Reino Unido se adopten medidas relativas a la cuestión de fondo (se entiende sobre responsabilidad parental, alimentos etc), que madre e hija residan en la vivienda familiar, esta dispuesto a "ceder su uso".

SEGUNDO.- Marco normativo.

Es de aplicación el **Convenio** de La Haya sobre los aspectos civiles de la **sustracción** internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 cuya finalidad es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes (art. 1). El proceso tiene como objeto la restitución o retorno del menor que ha sido trasladado ilícitamente de su residencia habitual para que los tribunales de dicho Estado, de cuya competencia ha sido sustraído, decidan sobre las medidas relativas a la responsabilidad parental. Se trata de evitar que el traslado pueda crear lo que el Informe DIRECCION001 (sobre el CH 1980) califica de vínculos artificiales de competencia judicial internacional para resolver sobre las medidas de custodia. El Convenio de la Haya sobre sustracción de menores no es un Convenio de custodia, sino un Convenio **de restitución**.

En este procedimiento no se cuestiona que la retención de la niña en España sea ilícita. La madre lo reconoce, pero se opone a la restitución alegando una de las causas legales que excepciona el Convenio de la Haya. El art. 13 del **Convenio** de la **Haya** de 1980 regula las excepciones que autorizan al Tribunal a denegar la restitución en un traslado ilícito, no autorizándola, a) cuando la persona no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, b) cuando 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. También se autoriza a no ordenar la restitución 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. La excepción alegada por la madre es la contemplada en el art. 13 b) "grave riesgo".

En sentencia de 12-6-2020 (ROJ: SAPB 4886/2020 - ECLI:ES:APB:2020:4886) y de 26-1-2021 (ROJ: SAP B 608/2021 - ECLI:ES:APB:2021:608) en relación a la excepción invocada dijimos que "El riesgo a que se refiere el art. 13 del Convenio ("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") viene analizado en el Informe Explicativo DIRECCION001 en el sentido de indicar que el Convenio reconoce algunas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato (§ 25). El retorno del niño es la idea básica del Convenio y las excepciones a la obligación general de garantizarlo constituyen un aspecto importante para comprender su alcance y si es posible distinguir excepciones basadas en tres justificaciones distintas (§ 27). El interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable (§ 29)..... El informe explicativo, que señala las excepciones, destaca igualmente el margen de apreciación propio de la función judicial. El Manual de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya sobre el art 13 (b) publicado este mismo año 2020, entiende que esta excepción es de naturaleza prospectiva, pero no se debe



limitar al análisis de los hechos en el momento del desplazamiento o del no retorno ilícito o a los previos a éste, sino que exige, por el contrario, contemplar el futuro, es decir, la situación en la que el niño se encontrará en caso de retorno inmediato. El examen de la excepción de riesgo grave debe igualmente centrarse, en la medida que sea necesario y oportuno, en la disponibilidad y calidad de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual. La naturaleza prospectiva no significa que los comportamientos o incidentes pasados no puedan ser pertinentes en el marco del examen del riesgo grave posterior al regreso del niño, a título de ejemplo, los antecedentes de violencia doméstica o familiar. La situación de riesgo grave incluye importantes preocupaciones relativas al niño en materia de seguridad, educación, salud o de orden económico en el Estado de residencia habitual".

TERCERO.- Circunstancias del caso.

El hecho alegado, de ser cierto, entrañaría sin duda una situación de "grave riesgo", que justificaría al amparo del Convenio la denegación de restitución de la niña, salvo que existieran garantías de adopción de medidas de protección en el Estado de su residencia habitual.

Las pruebas aportadas por la madre y demás actuaciones practicadas ponen de manifiesto que la madre ha actuado al trasladarse con su hija a España en el convencimiento y con la voluntad clara de proteger a su hija. Según refiere, después de una manifestación espontánea de la niña en verano de 2021 sobre una situación abusiva del padre, regresó a Londres pero aporta comunicaciones entre ella y su cuñada que acreditan que buscó asesoramiento sobre la forma de proceder y soporte psicológico personal para gestionar la situación. Es en octubre, con ocasión de un corto periodo vacacional, cuando se traslada a España y decide quedarse bajo el amparo y acompañamiento de su familia. Ahora bien, no basta para que opere la excepción del Convenio que el progenitor/a que lleva a cabo la sustracción o retención actúe en el convencimiento de que está protegiendo al menor, sino que es precisa una situación objetiva de riesgo que el Tribunal pueda valorar. Y las pruebas aportadas no permiten construir una situación objetiva de grave riesgo que justifique denegar la orden de retorno a la que obliga el Convenio. Las denuncias penales no han tenido recorrido y tampoco hay informe psicológico sobre la situación de la menor. La madre afirma que la niña tiene insomnio, pesadillas, rechazo al contacto y a bañarse desnuda, pero no aporta ningún informe psicológico con el que el Tribunal pueda verificar la realidad de dicho malestar y la posible causa del mismo. Ante una manifestación de la niña del tenor descrito por la madre en verano de 2021, no se ha requerido una intervención psicológica pericial. Se prueba vinculación con el servicio de abusos de un Hospital, pero la primera visita de la niña no se ha realizado hasta junio de 2022 y no se ha presentado ningún informe. Las conversaciones aportadas entre la madre y su cuñada, la necesidad de apoyo psicológico de la madre para gestionar la situación y la petición de ayuda a una organización especializada acreditan la creencia de la madre de la veracidad del hecho, pero esta creencia subjetiva no es suficiente para apreciar el grave riesgo en el sentido que exige el art. 13 del Convenio de la Haya. Los términos "grave" y "situación intolerable" evidencian el carácter restrictivo de la excepción.

En relación a la situación en la que puede encontrarse la niña caso de acordarse la restitución, la madre también alega ausencia de apoyo familiar y ausencia de recursos económicos, pero dichas circunstancias no se estiman suficientes en tanto puede ser solventada dicha situación mediante la adopción de medidas adecuadas. También se alega vinculación de la madre e hija a un servicio psicológico especializado, pero, pese a la gravedad de los hechos explicados, la primera visita de la niña estaba prevista para el mes de junio de 2022.

Por otro lado, entendemos que en el Reino Unido pueden adoptarse medidas de protección adecuadas para cubrir cualquier riesgo físico y/o psicológico que pueda surgir y de amparo o salvaguarda económica. La posibilidad de que el Estado de residencia habitual de la niña pueda adoptar medidas adecuadas es una circunstancia que debemos tener en consideración al valorar la situación de riesgo alegada. Ante la eventualidad de que la situación denunciada sea cierta, se da la posibilidad de protección por parte de los tribunales competentes y hasta ese momento pueden adoptarse medidas por este Tribunal que deben ser cumplidas en el Reino Unido.

Compartimos por tanto la decisión del Juez de Instancia que no ha apreciado la excepción de grave riesgo y ha acordado la restitución de la niña al estado de su residencia habitual.

CUARTO.- Medidas de retorno.

La sentencia ha acordado que la restitución de la niña se realice acompañada de su madre y si no lo verifica en el plazo de 15 días se permita al padre recoger a su hija en Barcelona para su traslado a Londres. Como medidas cautelares en tanto se sustancia el retorno acuerda contactos por teléfono o videollamada.

La Sala considera que procede además acordar medidas que regulen la situación en la que quede la menor en el Reino Unido si la madre opta por acompañar a la menor, medidas que se adoptan al amparo del art. 11 del Convenio de la Haya de 1996 **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, y que tendrán vigencia hasta que por el Tribunal competente se resuelva sobre dichas medidas. La madre ha solicitado con carácter subsidiario la suspensión de visitas entre padre e hija de lo que deriva una petición de cuidado directo por la madre hasta que se resuelva por el Tribunal de Londres.

El art. 11 del Convenio establece que "En caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan. 2. Las medidas adoptadas en aplicación del apartado precedente respecto de un niño que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante dejan de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 10 adopten las medidas exigidas por la situación.

Las medidas adoptadas al amparo de dicho precepto tienen reconocimiento en el reino Unido (art. 23).

La necesidad y urgencia de dichas medidas viene justificada por la corta edad de la menor que desde octubre se encuentra en España bajo el cuidado exclusivo de la madre, lo que implica un periodo largo, desde la perspectiva de la niña, sin contacto con su padre, y por la existencia de denuncias penales contra el padre por un supuesto abuso sexual de su hija. Razones de prudencia y de prevención, aconsejan la adopción de medidas que permitan salvaguardarla de un riesgo potencial.

Se acuerda en consecuencia mantener el retorno de la menor acompañada por su madre. Se establece un plazo superior de máximo un mes para proceder al retorno. Hasta que por los Tribunales competentes se adopten medidas sobre la situación de la menor, se acuerda que la niña quede bajo la guarda y cuidado de su madre en Londres, sin contacto o visita directa entre el padre y la hija. La madre podrá solicitar vivir con la hija en la vivienda familiar del que deberá marchar el padre pues este ha ofrecido cederle el uso. Se mantienen los contactos por video conferencia o telefónicos acordados en la sentencia una vez madre e hija se encuentren en Londres.

Las medidas cautelares o de urgencia adoptadas estarán vigentes y serán efectivas hasta que sean sustituidas por las medidas que se adopten por el tribunal competente.

QUINTO.- Costas.

No se hace pronunciamiento sobre las costas del recurso. Entendemos que hay estimación parcial de la petición subsidiaria.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso de apelación formulado por Zaida contra la sentencia de 3-5-2022 del Juzgado de Primera Instancia n. 14 de Barcelona en autos de Sustracción Internacional de Menores n. 189/2022, de los que el presente rollo dimana, **SE REVOCA EN PARTE** la expresada resolución en los siguientes términos.

Se confirma el pronunciamiento que declara el traslado ilícito y que ordena el retorno de la menor al Reino Unido acompañada por la madre. Se establece un plazo máximo de un mes para llevar a cabo el retorno. Si no lo verifica se mantiene el pronunciamiento que permite al padre recoger a la niña en Barcelona y trasladarla a Londres.

Si la madre opta por volver con su hija a Londres, se acuerda que hasta que por los Tribunales competentes se adopten medidas sobre la situación de la menor, la niña quedará bajo la guarda y cuidado de su madre en Londres, sin contacto o visita directa entre el padre y la hija. La madre podrá vivir con la hija en la vivienda familiar de la que deberá marchar el padre. Se mantienen los contactos por video conferencia o telefónicos acordados en la sentencia una vez madre e hija se encuentren en Londres.

Se mantiene el pronunciamiento en relación a las costas de primera instancia y no se hace expresa imposición de las costas del recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del nº 3º del artículo 477,2 LEC. También cabe recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (DF. 16ª, 1 3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantiva y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuestos ante esta sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat



Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.