



Roj: **AAP B 2580/2012 - ECLI:ES:APB:2012:2580A**

Id Cendoj: **08019370182012200056**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **13/03/2012**

Nº de Recurso: **1075/2011**

Nº de Resolución: **54/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCION DECIMOCTAVA

ROLLO Nº **1075/2011**

SUSTRACCION DE MENORES NÚM. 533/2011

JUZGADO de PRIMERA INSTANCIA 51 BARCELONA

AUTO Nº 54/12

Ilmos. Sres.

D^a. ANNA MARIA GARCIA ESQUIUS

D^a. MARGARITA NOBLEJAS NEGRILLO

D^a. M^a JOSÉ PEREZ TORMO

D^a. M^a DOLORS VIÑAS MAESTRE

En Barcelona a trece de marzo de dos mil doce

HECHOS

PRIMERO .- Se aceptan los del Auto apelado, dictado en fecha 5 de agosto de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona, en el Procedimiento de Sustracción de Menores , autos núm. 533/2011 promovidos por el Abogado del Estado, contra D. Juan Francisco , con intervención del Ministerio Fiscal que impugna la resolución, siendo la parte dispositiva de la resolución apelada del tenor literal siguiente: "En atención a lo expuesto, con estimación de la demanda interpuesta por el Ministerio de Justicia en su calidad de Autoridad Central para la defensa y aplicación del Convenio Internacional de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción ilegal de menores de 25 octubre 1980, procede resolver la restitución de las menores Carolina y Estibaliz a Los Ángeles (California-Estados Unidos-) a disposición de la Corte Suprema de California, Corte juvenil de Los Ángeles, imponiendo Don. Juan Francisco las costas de este proceso, debiendo también abonar los gastos en que hayan incurrido el solicitante, incluidos en su caso los del viaje y los que ocasione la restitución de las menores a dicha ciudad estadounidense.

Se requiere al Ministerio de Justicia a fin de que a través de las autoridades pertinentes lleve a cabo un proceso de mediación (sobre las circunstancias del traslado y entrega de las niñas por el padre), con las autoridades judiciales y/o de bienestar social encargadas del caso de las menores en Los Ángeles, debiendo ponerse en contacto también con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, conforme a la ley 15/2009 de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado, habida cuenta de sus funciones de información y orientación



al respecto. También puede consultar el Ministerio de Justicia con la asociación del Reino Unido "REUNITE", por tener experiencia en mediación internacional. Se concede de plazo hasta el 30 septiembre 2011 a la parte demandante para la realización, o como mínimo iniciación e información a este Juzgado sobre dicha mediación.

Se exhorta al Sr. Juan Francisco a colaborar en el proceso de mediación en interés y beneficio de sus hijas."

SEGUNDO .- Interpuesto Recurso de Apelación contra el anterior Auto por la parte demandada, fue admitido dando traslado a la parte actora que presentó escrito de oposición y al Ministerio Fiscal que impugna la resolución, elevándose a esta Audiencia los Autos y tras los trámites procesales, se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 29 de febrero de 2012.

VISTOS, siendo ponente la Magistrado D^a. M^a DOLORS VIÑAS MAESTRE,

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La demanda de la que trae causa el presente procedimiento es presentada por el Abogado del Estado por cuenta del Departamento de Servicios Sociales de la Niñez y la Familia de Los Ángeles en relación a las menores Carolina nacida el NUM002 de 2006 y Estibaliz nacida el NUM000 de 2008. Por Resolución de 3 de septiembre de 2010 el Tribunal de Menores de Los Ángeles retiró la guarda de las menores a la madre, estableció la tutela a favor del Departament de los Servicios Sociales de la Niñez y la Familia de Los Ángeles y ordenó la ubicación de las dos menores de referencia y de su hermana en el domicilio del padre, bajo supervisión del Departamento de los Servicios Sociales, imponiendo al padre una prohibición de salida de las menores fuera de los siete condados contiguos de California.

Tal y como ha recogido con detalle la resolución de primera instancia el demandado D. Juan Francisco , nacido en España en 1958 y D^a. Sabina , nacida en México en 1971 mantuvieron una relación de pareja estable no matrimonial durante 14 años que terminó en mayo de 2010; de dicha relación nacieron tres hijas, la mayor Andrea nacida el NUM001 de 2002, que se ha quedado en Los Ángeles, la mediana Carolina y la pequeña Estibaliz ; el Sr. Juan Francisco tiene otros dos hijos, ya mayores de edad. Por intervención del Departamento de Servicios Sociales de la Niñez y la Familia de Los Ángeles, por sospecha de que la mayor pudiera ser víctima de abuso sexual por parte de su madre y de su nueva pareja, y de que las tres menores pudieran ser víctimas de abuso físico por parte de la madre y del padre, las tres niñas fueron retiradas en custodia por los Servicios Sociales, y la Corte Juvenil de Los Ángeles de la Corte Suprema de California ordenó que se entregaran al padre al no apreciar que este las hubiese maltratado físicamente, manteniéndose por el mismo Tribunal la decisión de ubicación en el hogar del padre bajo supervisión de los servicios sociales, declarando a las niñas dependientes del Tribunal y fijando visitas con la madre controladas por dichos Servicios; asimismo se remitió a ambos progenitores a terapia familiar, a grupos de apoyo a violencia doméstica y a clases para padres disponiéndose que las menores no debían ser sacadas de los siete condados contiguos al sur de California y fijándose como fecha probable para la decisión definitiva el 4 de marzo de 2011. En septiembre de 2010 el padre se desplazó a Barcelona con las dos hijas mas pequeñas dejando a la mayor a cargo de su ex esposa. Como también señala la resolución recurrida el motivo por el que el padre no se desplazó con la mayor no ha quedado suficientemente claro. Por lo que hace referencia a la hija mayor consta que se encuentra acogida en la casa de la ex esposa del padre y en esta alzada se ha aportado por el Abogado del Estado una resolución de la Corte Suprema de California de 13 de enero de 2012 que acuerda que en caso de que las menores regresen a Estados Unidos se ordena su residencia en el hogar de la madre.

La resolución apelada sostiene que nos encontramos ante un supuesto de sustracción ilegal de menores del artículo 3 del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, ya que las niñas están bajo la custodia del Departamento de Servicios Sociales de la Niñez y la Familia de Los Ángeles y un Tribunal americano ha atribuido al padre su guarda provisional en tanto se resuelve definitivamente el expediente. El mismo Tribunal ha impuesto una prohibición de sacar a las niñas fuera de los siete condados contiguos al sur de California, por lo que conforme al artículo 5 del Convenio el padre no tenía derecho a decidir sobre su lugar de residencia sino sólo dentro de dicho concreto ámbito. No ha transcurrido el plazo de un año recogido en el artículo 12 y no concurre la excepción del artículo 13 .1º ya que el Organismo público indicado ejercía la custodia de las niñas y no autorizó en ningún momento el traslado.

En el recurso de apelación se invocan como excepciones al retorno de las menores las contenidas en el artículo 13 a) y b) del Convenio de la Haya de 1980 . El Ministerio Fiscal solicita asimismo la revocación del auto dictado. Se sostiene por el Ministerio público que las menores se encuentran plenamente integradas y normalizadas en España, escolarizadas y con un entrono familiar y social favorable para su desarrollo, existiendo asimismo un riesgo para las mismas en el caso de que vuelvan a USA de que sean puestas a disposición de una institución social.



SEGUNDO.- El artículo 1 del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, dispone que la finalidad de este Convenio es: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante; y b) velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.

Debe determinarse en primer lugar que se entiende por traslado o retención ilícita, lo que viene recogido en el artículo 3 del Convenio al indicar que tendrán esta consideración: 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"; se añade que 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.

Entiende el apelante que no procede acordar la devolución de las dos menores porque convivían con el padre por decisión de la Corte de Justicia de Los Ángeles siendo el padre el que ejercía efectivamente el derecho de custodia en el momento del traslado. No se comparte dicho razonamiento. Atendiendo a los antecedentes del caso antes expuestos no puede afirmarse que el padre ejerciera de forma efectiva la custodia en el sentido que entiende el Convenio. El artículo 5 del Convenio, como también recoge la resolución impugnada, determina que se entiende por custodia y por visitas, comprendiendo el primero "el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia", mientras que el de visita "comprenderá el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual". Las menores se encontraban bajo la tutela de una institución y la convivencia con el padre acordada por el Tribunal constituye una guarda no equiparable a la custodia a que se refiere el Convenio, pues no solo se acuerda por el Tribunal un seguimiento por parte de los servicios sociales y se difiere la decisión definitiva a otro momento ulterior lo que dota de total provisionalidad la medida de guarda, sino que queda claro que la guarda conferida no comprende el derecho a decidir sobre la residencia de los menores pues hay una prohibición de salida de determinado territorio que el padre ha infringido. Nos encontramos por tanto ante un supuesto en que el derecho de custodia, entendida esta en un sentido amplio -el propio del convenio- esta atribuida a una institución que delega las funciones de guarda a uno de los progenitores con carácter provisional en tanto se resuelve la cuestión de forma definitiva. Al infringir el derecho de custodia que en este caso no ostenta ni el padre ni la madre, debe considerarse que el traslado o desplazamiento de los menores a España no es lícito.

Una vez determinado que el traslado es ilícito según la normativa del Convenio debe examinarse si concurre alguna de las circunstancias contempladas en el propio convenio para denegar la restitución.

Como ya ha señalado esta Sala en Auto de 21 de enero de 2010 el Convenio de la Haya sobre sustracción de menores no es un Convenio de custodia, sino un Convenio de restitución y en este sentido cabe precisar que la resolución que ordena la restitución en ningún caso se esta pronunciando sobre la guarda y custodia, sino que lo que acuerda es la devolución del menor al país donde residía habitualmente para que sean las autoridades competentes de aquel país las que en su caso resuelvan sobre la custodia. Resulta fundamental a este respecto aclarar una cuestión que es obvia, y que viene recogida en el artículo 19 y es que "una decisión adoptada en el marco del presente convenio sobre la restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia". No se trata por tanto de valorar la situación actual en la que se encuentran los menores para decidir con cual de los progenitores deben convivir, que es al parecer lo que se sostiene por el Ministerio Fiscal, sino de determinar en primer lugar si el traslado es o no ilícito y caso de serlo si concurre alguna de las excepciones contempladas en el propio convenio para denegar la restitución. La decisión por tanto se limita a acordar si procede o no la restitución del menor o menores dentro del ámbito permitido en el propio convenio.

Dicho lo anterior no puede mas que concluirse que no concurre la excepción contemplada en el apartado a) del artículo 13 del convenio consistente en que la persona, institución u organismo que se hacia hecho cargo de la persona del menor no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido. La decisión del Tribunal equivale como se ha dicho a una guarda provisional pero la responsabilidad sobre las menores continua siendo del Estado u organismo público correspondiente.

La segunda causa que se invoca para evitar la restitución de las menores es la contemplada en el artículo 13 apartado b) del Convenio "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". Dicha causa, como también ha señalado este Tribunal, debe ser valorada de forma restrictiva de manera que solo puede operar en aquellos supuestos en que se pruebe de forma cumplida que el traslado de los menores al país y al lugar, que hasta el



momento del traslado ha constituido su hábitat natural, puede colocarlos en situación de grave riesgo. Sostiene el apelante que si se acuerda la restitución las menores se verán privadas de su madre, pues ya lo estaban, y también de su padre, pues no se le permitirá el regreso o se le impedirá la comunicación con las hijas, abocando a las menores a un proceso de adopción previo ingreso en un centro.

Tal y como señala el auto apelado la actuación precipitada del padre que ha antepuesto sus propios intereses y necesidades a los de sus hijas desplazándose con ellas a Barcelona y la aplicación del Convenio puede derivar en consecuencias perjudiciales para las menores, aunque en esta alzada se conoce ya la resolución de la Corte de ubicar a las menores, caso de acordarse su restitución, en el hogar de la madre, pero ello no puede conducir a apreciar la concurrencia de la excepción invocada. Si la custodia de las hijas menores fue atribuida a una entidad pública, es evidente que ello no puede equivaler a exponer a las menores a un peligro psíquico o físico o a una situación intolerable. La asunción de la tutela por parte de los organismos públicos competentes no puede sin duda equipararse a una situación de riesgo o perjudicial para las menores, en tanto sus funciones y facultades van dirigidas precisamente a lo contrario, a evitar que las menores continúen en una situación de riesgo.

No concurriendo por tanto ninguna de las excepciones contempladas en el Convenio para denegar la restitución de las menores procede confirmar íntegramente la resolución recurrida. Cabe además considerar que las menores han sido apartadas del entorno en el que siempre han vivido, separadas de su hermana, impidiendo además el mantenimiento de la relación con la madre, todo ello antes de que por parte de los tribunales competentes se decidiera definitivamente sobre las medidas relativas a su custodia.

Resulta acertada la medida adoptada por la Juez a quo que requiere al Ministerio de Justicia a fin de que a través de las autoridades pertinentes se lleve a cabo un proceso de mediación con las autoridades judiciales y/o de bienestar social encargadas del caso de las menores en Los Ángeles. Así, el Convenio de La Haya de 1980 en el artículo 7 establece que las Autoridades Centrales "deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable". Destacar asimismo la referencia que el Convenio de la Haya de 1996 hace a la mediación en su artículo 31 y dentro de las Conclusiones y Recomendaciones de la 5ª reunión de la Comisión especial para revisar el funcionamiento del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 y la implementación práctica del Convenio de la Haya de 19-10-1996 destacar la siguiente: "intentar a través de la mediación o conciliación la restitución voluntaria del menor o la solución amigable de los litigios, en forma que no se retrase la restitución del menor". Y por último cabe hacer referencia, aun con carácter orientador, al Proyecto de la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores redactado por la Oficina Permanente. Todo ello para evitar que de la aplicación del Convenio se deriven consecuencias contrarias al espíritu y finalidad del mismo, pues en nada favorecería a las menores que la restitución implicara la supresión de la relación con su padre con el que han convivido los últimos meses. La finalidad del convenio es restaurar a los menores en la situación en la que se encontraban previa a la sustracción ilícita, y es por ello que debe salvaguardarse de forma prioritaria los derechos e intereses de los menores una vez producida la restitución.

En definitiva procede la íntegra confirmación de la resolución apelada, con desestimación del recurso de apelación formulado y de la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC que se remite en caso de desestimación del recurso, en materia de costas, al artículo 394 del mismo cuerpo legal, se hace expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por la representación de D. Juan Francisco, contra el auto dictado en fecha 5 de agosto de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona en autos de Sustracción de Menores nº 533/2011, de los que el presente rollo dimana, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente la expresada resolución, con imposición de costas de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas y verificado, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que integran este Tribunal.