Roj: SAP A 1734/2024 - **ECLI:**ES:APA:2024:1734
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Alicante/Alacant
Sección: 6
Nº de Recurso: 1041/2024
Nº de Resolución: 377/2024
Fecha de Resolución: 25/10/2024
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: JOSE ANTONIO PEREZ NEVOT
Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

Sección 6ª

SENTENCIA Nº 377/24

Ilmos/as. Sres/as.: Presidente:

D.ª MARÍA DOLORES LÓPEZ GARRE

Magistrados:

D. JOSÉ BALDOMERO LOSADA FERNÁNDEZ

D. JOSÉ ANTONIO PÉREZ NEVOT

En la ciudad de Alicante, a 25 de octubre de 2024.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad de Alicante, integrada por los Iltmos. Srs. expresados al margen ha visto, en grado de apelación, Rollo de la Sala nº 1041 de 2024 los autos de proceso especial de sustracción internacional de una menor nº 888 de 2024 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Alicante en virtud del recurso de apelación entablado por don [redacted] que ha intervenido en esta alzada en su condición de recurrente, representado por la procuradora doña Magdalena Faz Leal y asistido de la letrada doña Maria del Mar Florenciano Conesa y siendo parte apelada doña [redacted] representada por la el procurador don Alejandro García Ballester y asistido de la letrada doña Kseniya Yusova, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, y atendidos los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- _ Resolución apelada.

Con fecha de *11 de septiembre de 2024 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Alicante* cuyo fallo es del tenor literal que sigue a continuación:

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D.[redacted] a través de su representación procesal, DEBO REALIZAR Y REALIZO LOS SIGUIENTES PRONUNCIAMIENTOS EN RELACIÓN

CON LA MENOR [redacted] (mujer, menor de edad, de doble nacionalidad rusa y ucraniana, nacida en la Ciudad de Moscú, Federación de Rusia, el día NUM000 de 2019, hija de [redacted] y de [redacted] con NIE: NUM001, con Pasaporte de Ucrania número NUM002, y con último domicilio conocido en la Localidad de DIRECCION000, provincia de Alicante, España, DIRECCION001):

PRIMERO: PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE RESIDENCIA DE LA MENOR CON CARÁCTER PREVIO A SU TRASLADO O RETENCIÓN DENUNCIADOS COMO ILÍCITOS EN LA DEMANDA: Debo declarar y

declaro que, con carácter previo a su traslado y/o retención en España denunciados como ilícitos en la demanda, la menor [redacted] tenía su residencia habitual en la Ciudad de Moscú, Federación Rusa (primeramente en el domicilio sito en el DIRECCION002, de dicha Ciudad de Moscú y posteriormente en el domicilio sito en la misma Ciudad, DIRECCION003).

SEGUNDO: PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA LICITUD DEL TRASLADO DE LA MENOR A ESPAÑA Y SU POSTERIOR RETENCIÓN EN NUESTRO PAÍS: Debo

declarar y declaro que son ilícitos: a) la salida no consentida de la menor del territorio de la Federación Rusa producida el día 19 de noviembre de 2021; b) la entrada de la menor en el Reino de España acaecida el día 13 de junio de 2022; y c) la permanencia de la menor en nuestro país desde dicha fecha (al menos hasta el día 27 de junio de 2024, fecha del dictado de la sentencia de guarda y custodia en la que se atribuye a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre la menor).

TERCERO: PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN DE LA MENOR A SU PAÍS DE RESIDENCIA ORIGINARIA: Sin embargo debo

denegar y deniego el retorno de la menor [redacted] al país donde, con carácter previo a su traslado a España tenían su residencia habitual (Federación Rusa), y ello por darse la limitación objetiva y temporal referidas en el apartado C del Fundamento de derecho CUARTO de la presente resolución.

NOTIFÍQUESE LA PRESENTE RESOLUCIÓN AL MINISTERIO FISCAL Y A

LAS RESTANTES PARTES PERSONADAS advirtiéndoles que no es firme, y que contra la misma cabe la interposición ANTE LA ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE de Recurso de APELACIÓN en el plazo de DIEZ DÍAS contados desde el día siguiente a de la notificación de la resolución (recurso que tendrá efectos suspensivos y tramitación preferente).

LÍBRESE Y DÉJESE EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO TESTIMONIO DE

LA PRESENTE RESOLUCIÓN, llevando el Original al Libro de Sentencias.

DE CONFIRMARSE EN APELACIÓN EL FALLO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN, QUEDEN LOS AUTOS PENDIENTES DEL ALZAMIENTO DE DE

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN SU DÍA ACORDADAS, y ello con restitución a la parte demandada del pasaporte de la menor retenido en este Juzgado.

SEGUNDO.- Resumen del escrito de interposición del recurso de apelación.

Por la representación procesal de don [redacted] se interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia solicitando su revocación para, en su lugar, dictar una sentencia por la que se ordene el inmediato retorno de la menor [redacted] a la Federación Rusa. Y ello, por considerar erróneamente valorada la prueba practicada e infringido el principio del superior interés de la menor.

TERCERO.- Admisión a trámite del recurso.

Recabados los autos del Juzgado de Primera Instancia y recibidos en la Sala, con fecha de 8 de octubre de 2024 se tuvo por interpuesto el recurso de apelación y se emplazó a la demandada y al Ministerio Fiscal para oponerse al mismo o impugnar la sentencia en un plazo de tres días.

CUARTO.- Resumen del escrito de oposición al recurso de apelación presentado por doña [redacted]

Por la representación procesal de doña [redacted], se presentó escrito de oposición al recurso de apelación solicitando su íntegra desestimación por los propios fundamentos de la resolución recurrida. Con dicho escrito se presentaban diversos documentos.

QUINTO.- Resumen del escrito de oposición presentado por el Ministerio Fiscal.

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso por los motivos expuestos en la sentencia apelada.

SEXTO.- Resolución sobre la prueba propuesta en segunda instancia.

Previa audiencia de las partes, con fecha de 21 de octubre de 2024 se dictó auto admitiendo toda la prueba documental propuesta por la representación procesal de doña [redacted]

SÉPTIMO.- Deliberación, votación y fallo.

Resuelta la proposición de prueba, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 24 de octubre de 2024.

OCTAVO.- Control de la actividad procedimental.

En la sustanciación de este proceso se han respetado todas las prescripciones legales, salvo algunos plazos procesales, debido a la sobrecarga estructural de trabajo que soporta la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante.

Ha sido ponente el magistrado Ilmo. Sr. D. José Antonio Pérez Nevot, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Relación de antecedentes.

1. D. [redacted] interpuso demanda frente a doña [redacted] solicitando el dictado de una sentencia por la que se declarara que la retención o traslado de su hija menor de edad, [redacted], por parte de la demandada, había sido ilícito, condenándose a esta última a restituirla urgentemente al actor con imposición de las costas del proceso y abono de los gastos que ocasionara la restitución o retorno.

2. El conocimiento y enjuiciamiento de dicha demanda correspondió, previo reparto, al *Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Alicante que, tras sustanciarla, dictó sentencia, con fecha de 11 de septiembre de 2024* , estimando parcialmente la pretensión entablada en los términos que han quedado transcritos en el antecedente primero de esta sentencia. Se declaraba, en esencia, ilícito el traslado de la menor desde la Federación Rusa hasta el Reino de España pero, a la par, se denegaba su retorno.

3. De la fundamentación jurídica de dicha sentencia se desprende que la denegación del retorno de la menor a la Federación Rusa se fundaba en las siguientes circunstancias:

3.1. De un lado, en la existencia de un grave riesgo de que la restitución de la menor la expusiera a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera la pusiera en una situación intolerable (*art. 13.b) del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980* , sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores -en lo sucesivo, CHSM-).

3.2. De otro lado, en el hecho de haber transcurrido más de un año desde la fecha de iniciación del procedimiento, habiéndose demostrado que la menor se encontraba integrada en su nuevo medio (art. 12 CHSM).

4. Disconforme con el fallo, por la representación procesal de don [redacted] se interpone recurso de apelación solicitando su revocación parcial para que, en su lugar, se dicte otra sentencia por la que se ordene el inmediato retorno de la menor [redacted] a la Federación Rusa.

5. La representación procesal de doña [redacted] solicita la íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto por los propios fundamentos de la resolución recurrida.

6. Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de oposición al recurso de apelación, fechado el día 15 de octubre de 2024, en el que se interesaba igualmente la confirmación de la sentencia apelada por los mismos motivos consignados en su fundamento de derecho cuarto.

7. Por razones sistemáticas se analizarán los distintos motivos del recurso conforme a su orden lógico.

SEGUNDO.- Error en la valoración de la prueba practicada en relación a la existencia de un grave riesgo para la hija menor prevista en el art. 13.b) del Convenio.

Resumen del primer motivo del recurso de apelación.

8. El primer motivo del recurso denuncia la vulneración del art. 13 CHSM. Tras exponer el marco legal aplicable al presente litigio y destacar la relevancia que debe otorgarse al principio del superior interés del menor, el apelante censura la defectuosa valoración de la prueba en que, a su juicio, ha incurrido el magistrado de primera instancia.

9. Según el recurrente, la existencia de un proceso penal incoado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Dénia no entraña ningún tipo de riesgo para la menor por varias circunstancias: (i) no ha recaído aún condena por violencia de género; (ii) no se han valorado las habilidades parentales del Sr[redacted] por el Instituto de Medicina Legal de Alicante; (iii) la demandante ha instrumentalizado el proceso penal, sabedora de la sensibilidad que este tipo de causas penales generan en España e interponiendo la denuncia tras descubrirse la sustracción ilícita de la menor; (iv) a finales del año 2022 hubo comunicaciones telefónicas entre el padre y su hija y doña [redacted]no informó al recurrente de la existencia de la causa penal; y (v) el proceso penal se encuentra totalmente paralizado y hasta la fecha no se ha acordado la apertura de juicio oral.

Consideraciones previas sobre la excepción de no retorno prevista en el art. 13.b) del Convenio de La Haya .

10. El art. 13 CHSM establece lo siguiente:

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.

11. Del precepto transcrito se desprende que, constatada la ilicitud en el traslado o retención del menor, su restitución no se impone con carácter automático, pues ello podría resultar contrario al principio del interés superior del menor que informa tanto la normativa nacional o internacional. En este sentido, la STEDH *X. vs*

Letonia, de 26 de noviembre de 2013, señala que "la idea de que el retorno no se acordará de manera automática o mecánica *(Maumousseau y Washington,* antes citado, § 72, y *Neulinger et Shuruk,* antes citado, § 138) no sólo se deriva directamente del *artículo 8 del Convenio, sino también del Convenio de la Haya* , teniendo en cuenta las excepciones expresas que contempla al principio del retorno rápido del menor al país del lugar de residencia".

12. Precisamente porque las excepciones al retorno pueden encontrar su fundamento en el principio del superior interés del menor es por lo que se impone a los órganos jurisdiccionales un deber de motivación reforzado al que se refiere la indicada sentencia en su parágrafo 107:

107. Por consiguiente, el Tribunal estima que el artículo 8 del Convenio impone en este asunto una obligación procedimental a las autoridades nacionales: al examinar la demanda de retorno del menor, los jueces no sólo deben examinar las alegaciones sobre la existencia de un "grave riesgo" para el menor en caso de retorno, sino que deberán pronunciarse sobre el particular mediante una decisión especialmente motivada atendiendo a las circunstancias del caso. La negativa a tener en cuenta las objeciones al retorno susceptibles de entrar en el ámbito de aplicación de los artículos 12 , 13 y 20 del Convenio de La Haya y la falta de motivación suficiente de la decisión de rechazo a tales objeciones serían contrarias a las exigencias del artículo 8 del Convenio pero también al objeto del Convenio de La haya Es necesario que los tribunales internos analicen seriamente esas acusaciones y que demuestren que lo han hecho mediante una motivación que no sea ni automática ni estándar, sino que sea lo suficientemente detallada atendiendo a las excepciones del Convenio de La Haya, las cuales se interpretarán de manera estricta (Maumousseau y Washington , antes citada, § 73). De este modo el Tribunal, que no está para sustituir a los jueces nacionales, podrá realizar la supervisión europea.

13. Obviamente, nuestro Tribunal Constitucional se ha hecho eco del indicado deber de motivación reforzado al resolver los recursos de amparo que se han planteado en este tipo de supuestos, apreciando una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en los casos en los que no se ha dado cumplida respuesta a las excepciones al retorno planteadas por las partes. Es el caso, por ejemplo, de la *STC nº 16/2016, de 1 de febrero* (rec. de amparo nº 2937-2015), en la que se estimó una demanda de amparo fundada en la falta de respuesta motivada a la situación de integración de una menor que se había alegado para eludir su retorno al país de origen.

14. Ahora bien, con ser cierto todo lo anterior, no lo es menos que una vez probado en el proceso el carácter ilícito de la sustracción del menor la regla general será la restitución del mismo y las excepciones contempladas en los arts. 12 y 13 del Convenio han de ser interpretadas de forma restrictiva, correspondiendo la carga de probarlas a la parte que las opone (en este sentido, *SAP de Pontevedra -Sección 1ª) nº 555/2020, de 20 de octubre (rollo nº 709/2020*). Precisamente, por no haberse probado las circunstancias de riesgo alegadas, se denegó la petición de no retorno por la *sentencia, de esta misma Sección, nº 139/2024, de 25 de abril (rollo nº 340/2024*).

15. Por lo que respecta al concepto de "grave riesgo" manejado por el art. 13.b) CHSM, resulta particularmente interesante la *SAP de Barcelona nº 377/2020, de 12 de junio (rollo nº 15/2020*), que señala lo siguiente:

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 DIRECCION004 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 con exactitud 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). Por último, también puede denegarse la restitución del menor cuando, de conformidad con el artículo 20, "no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales" (§ 31). 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.

La STEDH 26 de noviembre de 2013, asunto X c. Letonia , en lo relativo a la sustracción internacional de menores y el art. 8 del convenio Europeo de Derechos Humanos , supone que se debe interpretar a la luz de las obligaciones impuestas por

el Convenio de La Haya y por la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, así como por las normas y los principios de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las Partes Contratantes, en relación al interés superior del menor, que no coincide con el del padre o la madre excepto en la medida en que, obligatoriamente, tengan en común criterios diferentes de valoración de la personalidad del niño, de su ambiente o de su situación particular. Este es el caso. El TEDH señala que a la hora de definir lo que es un "grave riesgo" el art. 13 b no se limita a un "peligro físico o psíquico" sino que también incluye "una situación intolerable" y no se puede interpretar, en el sentido del artículo 8 del Convenio, como que incluye todos los inconvenientes propios de un retorno, sino que la excepción del artículo 13 b) se refiere únicamente a situaciones que van más allá de lo que un niño puede razonablemente soportar.

La jurisprudencia comparada, dictada en interpretación del art. 13 b del Convenio pone de manifiesto algunas aproximaciones sobre el peligro psíquico derivado de situaciones que razonablemente un menor no deba soportar. Hemos

consultado la base de datos Incasat, servicio pos-Convenio ofrecido por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

La Sentencia del Tribunal de Apelación de Reino Unido de 10 de junio de 2011 (refª Indacat, HC/E/UKe 1068 Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal) [2011] UKSC 27, [2012] 1 A.C. 144) proclama una interpretación no restrictiva del art. 13 b , de modo que no hace falta que el riesgo sea "intolerable" y que se debe dar una interpretación subjetiva a la expresión " situación intolerable", según la perspectiva de cada menor en particular. El Tribunal añadió que por más de que los menores deben poder resistir cierto nivel de incomodidad y angustia, había ciertas cosas que no se podía esperar razonablemente que un menor tolerara. Entre estas se podía mencionar el estar expuesto a los efectos negativos de ver y escuchar situaciones en las que un progenitor es víctima de violencia física y psíquica. El Tribunal señaló que el artículo 13(1)(b) era de carácter prospectivo y que, por ende, contemplaba la situación que el menor enfrentaría en caso de retorno. Atendiendo a ello, había que considerar las medidas de protección que se podrían adoptar a los fines de garantizar que el menor no enfrentara una situación intolerable. El Tribunal aceptó que había tensión entre la incapacidad de los tribunales de primera instancia para resolver controversias fácticas entre las partes y los riesgos que enfrentaría el menor si las alegaciones resultaban ciertas. Expresó su acuerdo con el argumento que consistía en que, si se presentaban alegaciones de violencia doméstica, el tribunal de primera instancia debería, en primer lugar, preguntar si el menor enfrentaría un riesgo grave si las alegaciones resultaran ciertas. En caso de respuesta afirmativa, el tribunal debería entonces preguntar cómo se protegería al menor contra ese riesgo. El Tribunal Supremo reconoció que el tipo de medidas de protección y su eficacia variarían según el caso y el país. El Tribunal recomendó que la Conferencia de La Haya considerara si se podría implementar algún mecanismo para garantizar la ejecución de las medidas de protección en el Estado de residencia habitual antes del retorno del menor. La presunción de que el retorno inmediato al Estado de residencia habitual atendía al interés superior del menor era susceptible de ser rebatida en unas pocas circunstancias, pero cada una de estas estaba inspirada en el interés superior del menor.

También se predica una interpretación no restrictiva del art. 13 b en la Sentencia de la High Court de Australia de 17 de septiembre de 2003, asunto D.P. v. Commonwealth Central Authority (refª ![2001] HCA 39, (2001) 206 CLR 401 INCADAT: HC/E/AU 346], en que pareció un grave riesgo de daño como resultado de la historia de la relación y que mientras el sistema legal inglés ofrecía amplia protección legal, y la policía y servicios sociales de Inglaterra ofrecían excelente cuidado para "mujeres golpeadas" la realidad en la vida de los menores reflejaba que la presencia de la madre y del padre en el mismo país al mismo tiempo conduciría inevitablemente a más incidentes de violencia.

La Sentencia de la High Court (Wellington) (Nueva Zelanda) de 30 de octubre de 2002 (refª. El Sayed v Secretary for Justice [2003] 1 NZLR 349 Referencia Incadat HC/E/NZ 495), aceptó que con un padre que era un "hombre violento, vengativo y abusivo" la restitución de los menores con su madre, sin protección, a una situación como la situación de la que ella los sacó, bien podría exponerlos a un riesgo grave de daño físico y psicológico.

En la Sentencia del Vestre Landsret: High Court, Western Division de Dinamarca (Tribunal de Apelaciones) de 11 de marzo de 1998 (asunto V.L.K . 11. Marts 1998, afd. K, B-2717-97 Referencia Incadat HC/E/DK 405), ante una pericial en

psiquiatría infantil que entendió que las niñas habían llevado una vida muy turbulenta y que estaban particularmente unidas a su madre y visto que el perito expresó que las niñas sufrirían un gran daño psicológico si se las separaba de su madre, el Tribunal aceptó esta evidencia y rechazó ordenar la restitución de las menores.

En la Sentencia de la Cour d'Appel de Paris de 5 de agosto de 2013, (caso Acosta

v. Acosta, 725 F.3d 868 (8th Cir. 2013) Referencia Incadat HC/E/US 1266) se apreció que el padre abusaba verbalmente de la madre durante el matrimonio y que, además, se enojaba y se ponía violento y el hijo mayor había mostrado problemas de conducta significativos. El padre los atacó y tanto la madre como uno de sus compañeros de trabajo necesitaron atención médica en un hospital. El padre fue declarado culpable por realizar amenazas para infundir temor y se denegó la restitución al amparo del art 13.b.

Centrados en el riesgo psíquico, puede denegarse el retorno cuando la situación en la que se pueda colocar al menor es intolerable, en términos de incapacidad del menor para poder superar con éxito y sin daño emocional o psíquico los inconvenientes del regreso.

16. La misma *Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia nº 243/2024, de 2 de mayo (rollo nº 191/2024*) exige que la causa del riesgo invocada por el progenitor que se opone al retorno no sea genérica, sino fundada en hechos concretos. También señala, en *sentencia nº 126/2023, de 7 de marzo (rollo nº 51/2023*) que es necesario que exista "una prueba objetiva de los hechos que integran el grave riesgo" y, respecto del análisis de éste, que "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", lo que incluye "importantes preocupaciones relativas al niño en materia de seguridad, educación, salud o de orden

económico en el Estado de residencia habitual". Se basa, para alcanzar estas conclusiones, en el Manuel de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya.

17. La invocación genérica de situaciones políticas convulsas en el Estado de residencia habitual, sin descender a precisar en qué medida podrían afectar al menor, han sido igualmente objeto de rechazo por los tribunales. Así, en la *SAP de Madrid (Sección 31ª) nº 264/2022, de 22 de julio (rollo nº 612/2022*), que denegó la excepción de retorno a Venezuela alegada con fundamento en "la convulsa situación política" atravesada por este país desde hace varios años.

18. Las Audiencias Provinciales también han exigido una cierta consistencia o seriedad a la hora de valorar la existencia de un grave riesgo para el menor, pues de lo contrario bastaría con su mera alegación para denegar el retorno y privar de toda virtualidad al Convenio que, en su art. 1.b), establece como una de sus finalidades la de "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante". En este sentido, la *SAP de Valencia (Sección 10ª) nº 558/2023, de 4 de octubre (rollo nº 835/2023*) denegó la aplicación del art. 13.b) CHSM frente a la alegación de la demandada de haber estado sufriendo malos tratos psicológicos durante varios años al no constar "ninguna denuncia o tramitación de expediente penal se ha acreditado, por lo que la sola manifestación de la recurrente no puede ser motivo suficiente para considerar la concurrencia del

supuesto previsto como motivo de posición en el articulo 13 b) del Convenio".

19. El mismo criterio siguió esta misma *Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante en la sentencia nº 269/2023, de 13 de septiembre (rollo nº 1083/2023*):

Por lo que respecta a la pretendida infracción del art. 13 b) párrafo 1º del Convenio de La Haya relativa a la existencia de un peligro grave físico, psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Al entender de la Sala tampoco concurre en el presente caso la citada excepción a la restitución. El hecho de que la demandada apelante haya denunciado al progenitor solicitante por malos tratos, no resulta suficiente para entender que concurre esta excepción. Por una parte, nos encontramos ante meras manifestaciones de la progenitora, no adveradas en forma alguna. No constan denuncias en el país de origen, sin que pueda escudarse la apelante en la profesión de policía del solicitante, cuando ni tan siquiera se ha acreditado inactividad alguna por parte de las instituciones competentes de su país de origen. Esta misma situación se contradice con el hecho de que las medidas en relación con la menor se alcanzasen en virtud de acuerdos entre ambos progenitores, homologados por los órganos competentes; no habiendo solicitado en ningún momento la actora en su país de origen autorización para residir en España. Es más, la primera denuncia por malos tratos, no se produce a su llegada a España, sino al menos cuatro meses después de su llegada a España, cuando ya se encontraba próxima la fecha de regreso a su país de origen; por lo que existen serias dudas de la realidad o trascendencia de sus manifestaciones.

20. La falta de denuncia penal de los actos de violencia física, amenazas o insultos invocados como causa de grave riesgo es lo que determinó su falta de apreciación en la *SAP de Córdoba (Sección 1ª) nº 1010/2022, de 17 de noviembre (rollo nº 1629/2022*).

21. En otros casos, ha sido la falta de indicios suficientes de la situación de malos tratos invocada la que ha dado al traste con la aplicación de la excepción (es el caso de la *SAP de Ourense -Sección 1ª- nº 831/2022, de 14 de noviembre, rollo nº 837/2022*).

Aplicación de las anteriores consideraciones al caso enjuiciado.

22. En el caso que se somete a nuestra revisión las circunstancias tenidas en cuenta por el Magistrado *a quo* son bien distintas de las que han determinado el rechazo de la excepción en los precedentes judiciales que se han venido citando.

23. En el presente supuesto ha quedado probado que, con fecha de *14 de enero de 2023, el Juzgado de Instrucción nº 2 de Dénia dictó un auto* acordando una orden de alejamiento de don [redacted] respecto de la demandada y su hija menor, a menos de quinientos metros. En la misma resolución, recaída en las Diligencias Previas nº 32/2023, se prohibió la comunicación del ahora apelante para con su hija durante toda la instrucción de la causa penal, así como la salida del territorio nacional de [redacted], salvo que lo hiciera acompañada de su madre, con el consentimiento de ambos progenitores o con autorización judicial (f. 46 y ss. del expediente digital).

24. Es cierto que no consta en las actuaciones ninguna condena penal del Sr. [redacted] por los hechos que se están investigando, pero no lo es menos que el dictado de una resolución judicial que adopta medidas de protección no sólo respecto de uno de los progenitores, sino también respecto de la hija menor cuya restitución se pretende,

constituye una circunstancia que ha de ser objeto de una especial consideración por el tribunal, pues no se puede olvidar ni pasar por alto que dicha resolución ha sido dictada tras un previo análisis del acervo indiciario existente en la causa penal.

25. De la documentación obrante en el expediente se desprende que las Diligencias Previas nº 32/2023 se incoaron en virtud de un atestado presentado ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Dénia por el que se denunciaban hechos que podían ser constitutivos de un delito de detención ilegal y/o coacciones.

26. Si se analizan someramente las diligencias obrantes en el atestado se observa que los hechos que motivaron la causa penal fueron denunciados a las 00:12 horas del día 31 de diciembre de 2022 por don [redacted], hermano de doña [redacted], tras ser alertado el primero de un posible secuestro de su sobrina.

27. Del contenido del atestado se desprende que don [redacted] pudiera haber tratado de llevarse a su hija [redacted] por la fuerza el día 30 de diciembre de 2022 introduciéndola en un automóvil, al que finalmente logró acceder doña [redacted]. Según el relato de ésta, durante el trayecto cambiaron de vehículo lo que, de ser cierto, evidenciaría que el incidente no fue en modo alguno espontáneo, sino organizado. La ahora demandante también explica que fue conducida por la fuerza, junto con su hija, hasta la localidad francesa de DIRECCION005, en la que su ex marido ordenó que fueran restituidas hasta Valencia tras ser convencido de la gravedad de tales hechos (f. 170 del expediente digital).

28. En el mismo atestado consta también diligenciada una llamada de teléfono, recibida el día 30 de diciembre de 2022 a las 19:40 horas, por la que se informaba de la existencia de un carrito de bebé que estaba interfiriendo el tráfico en la DIRECCION006, del cual se tomaron las fotografías que obran al f. 208 del expediente digital.

29. Del mismo modo, también obra en las actuaciones unas fotografías de la cara y codo de la Sra. [redacted] con las equimosis que presuntamente sufrió de resultas del forcejeo mantenido con la persona que acompañaba a su marido el día 30 de diciembre de 2022 (f. 212 y ss.).

30. Se han aportado, igualmente, otras fotografías presentadas por doña [redacted] en el Departamento de Investigación Criminal de la Policía Nacional de Ucrania junto con el escrito fechado el día 22 de febrero de 2022. En ellas se puede ver la cara de una mujer con algunos moratones en la mandíbula (f. 225 y ss.). En el escrito a que se anexan tales imágenes se indica que se trata de lesiones corporales sufridas en el mes de octubre de 2021 de manos del Sr. [redacted]

31. Aunque no corresponde a esta Sala efectuar una valoración penal de los hechos que motivaron la incoación de las Diligencias Previas nº 32/2023 ni de los que la Sra. [redacted] describe en su escrito de 22 de febrero de 2022, dirigido a las autoridades ucranianas, sí que pueden ser considerados para valorar la seriedad o consistencia de las alegaciones que se efectúan al amparo del art. 13.b) CHSM.

32. Aun desconociendo si don [redacted] tiene alguna responsabilidad en el traslado forzoso de su hija menor hasta la localidad de DIRECCION005, lo que resulta claro es que existen indicios suficientes al respecto pues, de lo contrario, no se habrían adoptado ningún tipo de medidas cautelares por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Dénia.

33. Por otra parte, rigiéndose este tipo de medias por los principios de necesariedad y proporcionalidad (*art. 544 bis LECrim*), esta Sala no puede pasar por alto la intensidad de las medidas adoptadas, que no sólo comportan la prohibición del apelante de acercarse a la Sra. [redacted] y a su hija a una distancia inferior a los quinientos metros, sino también la prohibición de comunicarse por cualquier medio con aquéllas y de que la menor salga del territorio español.

34. Obviamente, el hecho de que las medidas cautelares no sólo se dictaran para proteger a la demandada, sino también a su hija, evidencia que el órgano instructor consideró la existencia de indicios suficientes sobre la existencia de un riesgo para esta última.

35. El art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la ONU el día 20 de noviembre de 1989 prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada de los niños o de su familia, consagrando su derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

36. En las concretas circunstancias que concurren en este caso, debemos concluir, en consonancia con los acertados razonamientos del magistrado de primera instancia, que el retorno de [redacted] a la Federación Rusa comporta un grave riesgo de exponerla a un peligro psíquico o de colocarla en una situación intolerable. Existiendo sólidos indicios de que su padre ha tratado de conducirla por la fuerza al país de su residencia habitual

inicial, tratando de arrebatársela a su madre en la forma que ha quedado dicha y obligando a ambas a efectuar un trayecto por la fuerza desde la Comunidad Valenciana hasta la localidad de DIRECCION005, no se puede descartar que, en un futuro puedan a volver a producirse incidentes similares lo que, evidentemente, supone, como mínimo, colocar a la menor ante un conflicto de lealtades que no tiene por qué tolerar. Y ello, sin contar con el grave riesgo que este tipo de situaciones pueden suponer para el adecuado desenvolvimiento psíquico de la menor, pues episodios como el descrito -de ser ciertos- son susceptibles de ocasionar respuestas de ansiedad en quien los sufre que pudieran ser difíciles de gestionar para una persona de la edad de [redacted] sin el adecuado soporte médico o psicológico.

37. No se ha infringido, por tanto, el principio del superior interés de la menor, sino antes al contrario: la sentencia recurrida lo ha salvaguardado al no disponer el retorno de la misma al Estado de su residencia habitual en aras de evitarle los perjuicios y situaciones que han quedado dichos. Debemos tener en cuenta, a diferencia de otros supuestos enjuiciados por *esta Sala (como el analizado en la sentencia nº 208/2022, de 7 de septiembre, rollo nº 570/2022*), que no consta que en la Federación Rusa se hayan adoptado medidas cautelares para la protección de la menor similares a las adoptadas por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Dénia o, al menos, suficientes para conjurar el riesgo de presencie incidentes similares. Es por ello que la posibilidad de que se repitan incidentes similares, en un contexto jurídico distinto, no es una hipótesis puramente especulativa, sino cierta.

38. Concurriendo la excepción prevista en el art. 13.b) CHSM, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto sin necesidad de analizar el error de valoración de la prueba que se denuncia respecto de la aplicación del art. 12 CHSM.

TERCERO.- Costas.

39. El *art. 398 LEC* , en la redacción anterior al Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre (aplicable *ratione temporis)* establece lo siguiente:

1. Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394.

2. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

40. Dado que en el presente supuesto procede la total desestimación del recurso de apelación interpuesto, procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por don [redacted] contra la *sentencia de fecha 11 de septiembre de 2024, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Alicante* , **debemos confirmar y CONFIRMAMOS** dicha resolución, y con imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte apelada.

Notifíquese en legal forma esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, cabe, en su caso, recurso de casación en los supuestos previstos en el *art. 477 LEC* para ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

El recurso de casación deberá de interponerse por medio de escrito firmado por abogado y procurador ante esta misma Sala en un plazo de veinte días contados a partir de su notificación.

En el caso de fundarse el recurso en la infracción de normas procesales deberá acreditarse, de haber sido posible, la previa denuncia de la infracción y, en su caso, el intento de subsanación, en la instancia o instancias precedentes.

El escrito de interposición del recurso deberá de cumplir con los requisitos procesales previstos en el *art. 481 LEC* , que dispone lo siguiente:

1. En el escrito de interposición se identificará el cauce de acceso a la casación y, de ser este el interés casacional, se identificará asimismo la modalidad que se invoca y la justificación, con la necesaria claridad, de la concurrencia del interés casacional invocado. Además de ello, se expresará la norma procesal o sustantiva infringida, precisando, en las peticiones, la doctrina jurisprudencial que se interesa de la Sala, en su caso, y los pronunciamientos correspondientes sobre el objeto del pleito. También se podrá pedir la celebración de vista, que solo tendrá lugar si el tribunal lo

considera necesario.

2. El recurso de casación se articulará en motivos. No podrán acumularse en un mismo motivo infracciones diferentes.

3. Solo podrán denunciarse las infracciones que sean relevantes para el fallo, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Audiencia Provincial.

4. Cada motivo se iniciará con un encabezamiento, que contendrá la cita precisa de la norma infringida y el resumen de la infracción cometida.

5. En el desarrollo de cada motivo se expondrán los fundamentos del mismo, sin apartarse del contenido esencial del encabezamiento y con la claridad expositiva necesaria para permitir la identificación del problema jurídico planteado.

6. Al escrito de interposición se acompañarán copia de la sentencia impugnada, si contuviera firma electrónica o código de verificación que la identifique, o certificación en otro caso, y, cuando sea procedente, texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional.

7. En su caso, en el escrito de interposición, además de fundamentarse el recurso de casación, se habrá de manifestar razonadamente cuanto se refiera a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida.

8. La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el ''Boletín Oficial del Estado'', la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas al formato en el que deban ser presentados, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación.

De conformidad con la *Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ* 6/1985, según redacción dada por la LO 1/2009, para interponer contra la presente resolución recurso extraordinario por infracción procesal (concepto 04) y/o de casación (concepto 06), deberá consignarse en la "Cuenta de Depósitos y consignaciones" de este Tribunal nº 0264, al tiempo de su preparación, la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio del pago de la tasa por actos procesales, cuando proceda.

Dése al depósito constituido para recurrir el destino legal, conforme a lo dispuesto en el *nº 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , 6/1985, de 1 de julio, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, 13/2009, de 3 de noviembre.

Hágase igualmente saber a las partes que, de conformidad con lo previsto en el *art. 236 quinquies de la Ley Orgánica 6/1985* , del Poder Judicial, el tratamiento de los datos personales de carácter personal que les hayan sido revelados durante la sustanciación del proceso, así como el de los contenidos en la presente sentencia está sujeto a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente que la suscribe.- Doy fe.