



☆☆☆☆

H

Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª).**Auto núm. 152/2007 de 2 julio****AC\2008\750**

MENORES DE EDAD: MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DEL MENOR «ex» art. 158 CC: prohibición de salida del territorio nacional a hijas menores y su madre con dirección a un país africano, lugar de origen de aquélla, y en el que constituye práctica habitual, por tradición cultural, la mutilación por ablación del clítoris: medida adoptada por la realidad del riesgo lesivo que pudiera producirse a las niñas, limitadora de las facultades de disposición y gestión de los progenitores.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 353/2007

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Girona desestima el recurso de apelación deducido contra el Auto dictado, en fecha 07-07-2007, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de dicha capital, en autos de Jurisdicción Voluntaria, confirmando la meritada Resolución.

GIRONA, a dos de julio de dos mil siete.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO**

Por la representación de Pablo, se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 7 de junio 2007, dictado en los autos de Jurisdicción Voluntaria por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Girona. Admitido el recurso en ambos efectos, y presentado ante esta Sección, se tramitó recurso de apelación en el que se personó el Procurador D. CARLOS CAIRETARUIZ en nombre y representación de la indicada parte apelante y como parte apelada el Ministerio Fiscal, y previos los trámites correspondientes quedaron las actuaciones para resolver, habiéndose señalado el día 2 de julio 2007 para la deliberación y votación de la misma.

SEGUNDO

En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS**PRIMERO**

Por D. Pablo se interpuso recurso de apelación contra el Auto del Juzgado que prohíbe la salida del territorio nacional de las menores Magdalena, Maite y María, para viajar a Gambia acompañando a su madre Araceli, en fecha 18 julio de 2007, ante el riesgo de mutilación por ablación de clítoris que ello comporta para dichas menores.

SEGUNDO

Por un lado se propugna la nulidad del Auto dictado porque las menores a las que se refiere la

prohibición de salir de España no han sido oídas, atribuyendo a tal omisión eficacia anulatoria, situación que se ha subsanado en la alzada al ser oídas por el Tribunal las tres menores.

A partir de aquí, la situación presente no difiere sustancialmente de la que concurría el 11 de febrero de 2004, cuando esta Sala ya acordó la prohibición de salida del territorio español de las tres hermanas menores Magdalena, Maite y María, pues el único aspecto novedoso sería el fallecimiento de la abuela materna, supuestamente responsable de la mutilación genital de las hermanas mayores, pero sin que exista fehaciencia de dicha responsabilidad, más allá de las propias declaraciones del apelante y su esposa, de manera que al tratarse de una familia subsahariana, de etnia "sarahule", cuya tradición cultural incorpora la mutilación genital femenina, la práctica de la ablación no queda enervada por el fallecimiento de un familiar al que se atribuye, sin la precisa constancia, la iniciativa de promover los actos lesivos, cuando ello se desarrolla en el ámbito de una tradición cultural de la cual en principio no quedan abstraídos los demás familiares.

TERCERO

Existen unos datos y antecedentes significativos como son:

1. Que las tres hermanas mayores Fátima, Sise e Inmaculada sufrieron la ablación genital en un anterior viaje de los progenitores a Gambia.

2. Que la previsión de viajar expuesta por el padre apelante no presenta contornos lo suficientemente claros (herencias, escrituras de terrenos, etc.), pues si bien justificaría el viaje del padre, no así el de la madre e hijas menores que además irían antes que el progenitor.

3. Que la supuesta autora de las prácticas de ablación de clítoris sería la abuela materna, según la declaración de Dña. Araceli al folio 27 y 28, y ahora se alega el fallecimiento de la abuela paterna Dña. Claudia como circunstancia favorable a la petición de la parte recurrente, lo cual resulta carente de congruencia, pues esta última no tendría nada que ver en la práctica de la mutilación.

En cualquier caso, ya se ha expuesto la escasa credibilidad que tales manifestaciones proporcionan, cuando las menores no podrían racionalmente quedar sustraídas al ámbito tradicional y cultural al permanecer allí durante los seis meses de estancia en el lugar.

4. Tampoco se entiende la previsión de permanencia de las menores en Gambia durante casi medio año, de julio de 2007 a enero de 2008, con la repercusión que ello comportaría en el desarrollo escolar que ellas siguen regularmente en España, y el antecedente de haber dejado la madre en el país de origen a sus dos hijas mayores en su día sometidas a ablación.

5. Mientras Magdalena de 12 años y Maite de 11, manifestaron ante este tribunal que ya no tienen abuelos al haber fallecido, -anudando esa falta a una eliminación del riesgo de mutilación, fruto de una aparente aleccionamiento-, María de 10 años, más espontánea y desinhibida, manifiesta que quiere ir a Gambia porque tiene sus abuelos, amigas, tíos y parientes que quiere conocer, indicando a preguntas de la Sala que le quedan los padres de su padre (abuelos paternos), no así los de su madre.

6. La intención de montar un negocio en el país de origen e instalarse allí -de ahí la rescisión de la relación laboral que los padres tienen en la actualidad-, además de no probarse entra en contradicción con el alegado retorno de las menores y su madre, previsto para enero de 2008, lo cual proporciona si cabe más oscuridad a los auténticos motivos del viaje.

CUARTO

Todo lo expuesto ha llevado a apreciar a este Tribunal la realidad de un riesgo lesivo para las tres hermanas menores Magdalena, Maite y María, coincidiendo de este modo con la valoración del órgano "a quo" en la procedencia de la medida de prohibición de la salida del territorio español de las tres menores en los términos que lo establece la resolución recurrida, acorde con las previsiones del art. 134.1 del Codi de Família de Catalunya (LCAT 1998, 422, 521), que autoriza a la autoridad judicial, en cualquier procedimiento e incluso de oficio, a adoptar las medidas que considere

oportunas para evitar cualquier perjuicio a la persona de los hijos, coincidiendo con lo disciplinado en el art. 158.3º del Código Civil (LEG 1889, 27), sin que se hayan infringido dichos preceptos ni los arts. 133 y 137 del C.F, ni el 154 y 156 del CC, ni los arts. 27.2 y 27.3 de la Convención de los Derechos del Niño (RCL 1990, 2712), pues todos esos preceptos, como los demás citados en la resolución recurrida tienen una clara finalidad de protección de los menores contra toda forma de perjuicio mientras se encuentren bajo la custodia de sus padres, consista este en malos tratos, negligencia, crueldad o manipulación, siendo al respecto clara la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 al señalar el interés superior del niño como principio inspirador de las actuaciones públicas, por el que la autoridad judicial debe velar cuando los intereses de los progenitores o guardadores entren en conflicto con los más dignos de protección que son los de los hijos menores, sin que ello comporte una suplantación de la patria potestad cuando se trata de la adopción de una medida que en definitiva lo que hace es limitar las facultades de disposición y gestión de los progenitores, cuando a juicio del Tribunal esas facultades se están utilizando en perjuicio de los menores, pues precisamente es conforme a la previsión legal, art. 134.1 del Codi de Família de Catalunya aprobado por Llei 9/1998, de 15 de julio (LCAT 1998, 422, 521), del Parlament de Catalunya, en relación con el art. 158.3 del Código Civil (LEG 1889, 27) y art. 15 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), que se ha acordado la medida en interés de las menores a las cuales afecta.

Por todo ello, debe ser rechazado el recurso y confirmada la resolución apelada por sus propios y acertados fundamentos.

QUINTO

La naturaleza especial del procedimiento que rebasa el ámbito del derecho dispositivo, vocaciona la no especial imposición de las costas de esta apelación.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, se dicta la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto la Sala, siendo Ponente el ILMO. SR. MAGISTRADO D. JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO, ACUERDA: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Carlos Caireta Ruiz en nombre y representación de D. Pablo contra el Auto de 7 de julio de 2007 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Girona, dictado en los autos de Jurisdicción Voluntaria núm. 468/2003, de los que el presente rollo dimana, y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Librense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así lo acordó la Sala y firmaron los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior.

DILIGENCIA- Seguidamente se cumple lo acordado, certifico.



☆☆☆☆

Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª).
Auto núm. 24/2004 de 11 febrero
AC\2004\845

CATALUÑA: MENORES DE EDAD: medidas judiciales de protección del menor «ex» art. 158 CC: prohibición de salida del territorio nacional a hijas menores y su madre con dirección a un país africano, lugar de origen de aquélla y en el que constituye práctica habitual la ablación de órganos genitales a la mujer: medida adoptada por la realidad del riesgo lesivo que pudiera producirse a las niñas.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 50/2004

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Girona declara haber lugar a la estimación en parte del recurso de apelación planteado por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado, en fecha 06-02-2004, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de dicha capital, en autos de Jurisdicción Voluntaria, revocando la meritada Resolución.

Girona, a once de febrero de dos mil cuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por el Ministerio Fiscal, se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 6 de febrero de 2004, dictado en los autos de Jurisdicción Voluntaria núm. 468/2003 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Girona. Admitido el recurso en ambos efectos, y presentado ante esta Sección, se tramitó recurso de apelación en el que se personó la indicada parte apelante, y previos los trámites correspondientes quedaron las actuaciones para resolver, habiéndose señalado el día 11 de febrero de 2004 para la deliberación y votación de la misma.

SEGUNDO

En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El Ministerio Fiscal solicita con carácter urgente la revocación del Auto de 6-2-2004 que rechaza la petición del Ministerio Fiscal de prohibición de salida del territorio español de las menores Ana María, Valentina y Aurora, hijas de Domingo y María, por riesgo de mutilación genital, a través del Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria (arts. 1811 y ss. LECiv/1881 [LEG 1881, 1]) en relación con los arts. 158.3 del Código Civil (LEG 1889, 27), 134 del Código de Familia de Catalunya (RCL 1998, 2135; LCAT 1998, 422 y 521) y art. 15 de la Constitución de 1978 (RCL 1978, 2836).

SEGUNDO

Sin perjuicio de lo dispuesto en el auto del Juzgado de origen de 15-10-2003, que no fue objeto de recurso, lo que se plantea a este Tribunal es la situación puntual de inmediata salida del territorio español de las tres menores y su madre con dirección a Gambia, donde es habitual la ablación de órganos genitales a la mujer, para que se prohíba la

salida ante el riesgo evidente de mutilación que ello comporta, petición que efectuada ante el Juzgado fue desestimada por el órgano «a quo», decisión que no comparte el Ministerio Fiscal que por ello recurre.

22 de noviembre de 2010

© Thomson Aranzadi

1

No le falta razón al Ministerio Público, que en definitiva viene a cuestionar la valoración probatoria efectuada en primera instancia, por las razones siguientes:

Hay circunstancias sobrevenidas que permiten apreciar la situación en sus justos términos; así, el matrimonio ya dejó en el país de origen a las dos hijas mayores, llevándose ahora la madre al resto de las hijas (del sexo femenino), no así a los hijos varones.

De las seis hijas del matrimonio, tres ya sufrieron la ablación genital en el país de origen; según los padres, mientras ellos no estaban con las niñas.

La comparecencia de los padres ante el Juzgado comunicando el viaje a Gambia de la madre con las hijas no mutiladas genitualmente, se hace el día 4 de febrero de 2004, con cinco días de antelación a su salida y con los billetes ya adquiridos; además de que la comparecencia en el Juzgado parece que haya venido más inducida por la citación para recoger el Libro de Familia, que por la propia voluntad de cumplimiento de los padres con lo establecido en el Auto de 15-10-2003, pues la notificación al Juzgado del viaje es tardía y con pleno convencimiento de la posibilidad de viajar con las hijas, pues ya tenían sacados los billetes y planificado perfectamente el viaje.

Sin embargo, no se da una razón convincente que justifique el viaje de madre e hijas, sin los hijos varones; tampoco es razonable que no prevean el viaje de vuelta, no tengan billetes, y que hablen de quedarse en Gambia un tiempo indeterminado que cifran en tres o cuatro meses.

Finalmente, las declaraciones de los progenitores respecto a los motivos del viaje no son coincidentes, y las medidas a adoptar por la madre acompañante, a fin de evitar que las niñas sean mutiladas por terceros, absolutamente insuficientes e ilusorias, circunstancias que inducen racionalmente a dudar de la credibilidad de los progenitores en sus manifestaciones y del posicionamiento de los mismos ante la costumbre ancestral de ablación genital femenina en su país de origen.

TERCERO

Todo lo expuesto conduce a generar el convencimiento de la Sala, de la realidad del riesgo lesivo para las menores Ana María, Valentina y Aurora, y por ello, de conformidad con las previsiones del art. 134.1 del Codi de Família de Catalunya aprobado por Llei 9/1998, de 15 de julio (RCL 1998, 2135; LCAT 1998, 422 y 521), a fin de evitar el perjuicio correspondiente en la persona de las referidas hijas menores, resuelve revocar el Auto objeto de recurso, y en su lugar acordar la prohibición de salida del territorio español de las hermanas menores de edad, como medida urgente promovida por el Ministerio Fiscal, ante la inminencia del viaje programado para el día de hoy.

Pero no procede pronunciarse sobre el resto de los pedimentos efectuados por el Ministerio Fiscal en su recurso, por cuanto se refieren a medidas acordadas por el Magistrado «a quo» en auto de 15-10-2003 que no fue objeto de recurso.

CUARTO

No procede hacer especial imposición de las costas de esta alzada.

Vistos

los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, se dicta la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto la Sala, siendo Ponente el Ilmo. D. Jose Isidro Rey Huidobro,

Acuerda

: Ha lugar a la estimación en parte del recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra al auto de 6-02-2004, del Juzgado de primera instancia núm. 5 de Girona, dictada en los autos de Jurisdicción Voluntaria núm. 468/2003, de los que el presente rollo dimana, y revocamos dicha resolución.

Y en su lugar acordamos la prohibición de salida del territorio español de las hermanas Ana María, Valentina y Aurora, menores de edad, para que acompañen a su madre María al país de origen de ésta, Gambia, en el viaje comunicado al Juzgado el 4 de febrero de 2004.

Se rechazan los restantes pedimentos del recurso.

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas de esta apelación.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Devuélvase al Juzgado de origen, que a la mayor brevedad deberá remitir copia del Auto a los Mossos d'Esquadra, Guardia Civil y Policía Nacional a efectos de la ejecución del mismo.

Así lo acordó la Sala y firmaron los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior.

DILIGENCIA—Seguidamente se cumple lo acordado, certifico.