



Roj: **SAP Z 53/2017 - ECLI:ES:APZ:2017:53**

Id Cendoj: **50297370022017100006**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **2**

Fecha: **09/01/2017**

Nº de Recurso: **3/2017**

Nº de Resolución: **1/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JULIAN CARLOS ARQUE BESCOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00001/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, SECCION SEGUNDA

N10250

C/ GALO PONTE, 1, PLANTA 3

Tfno.: 976.208035-031-034 Fax: 976.208032

N.I.G. 50297 42 1 2016 0008048

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000003 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES 0000942 /2016

Recurrente: ABOGADO DEL ESTADO

Procurador:

Abogado:

Recurrido: Justa

Procurador: IRIS BIELSA GRACIA

Abogado: PABLO GUTIERREZ CELMA

MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA NÚMERO: 1/2017

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

Ilmos. Señores:

Presidente

D. JULIAN CARLOS ARQUE BESCOS

Magistrados

D. FRANCISCO ACIN GAROS

Dª MARIA ELIA MATA ALBERT

En Zaragoza, a nueve de enero de dos mil diecisiete.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 002, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de SUSTRACCION INTERNACIONAL DE ME **NO** RES 942/2016, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 3/2017, en los que aparece como parte apelante, ABOGADO DEL ESTADO, , y como parte apelada, D^a **Justa** , representado por el Procurador de los tribunales, D^a IRIS BIELSA GRACIA, asistido por el Letrado D. PABLO GUTIERREZ CELMA, ha sido parte el **MINISTERIO FISCAL** , en cuyos autos, con fecha 5-12-2016, recayó Sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los que figuran en la Sentencia cuya parte dispositiva dice: "1.- No obstante ser ilícito el traslado llevado a cabo por la demandada, D^{ña}. Justa , acuerdo en interés de la menor, María Rosa , no haber lugar a la restitución de la misma a la localidad de DIRECCION000 , residencia habitual anterior al traslado.- 2.- No hago especial pronunciamiento sobre costas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia la parte la parte demandante presentó escrito de interposición del recurso de apelación del que se dio traslado a las partes, presentando dentro del término de emplazamiento escrito de oposición por la parte demandante y se adhiere el Ministerio Fiscal. Seguidamente se remitieron los autos a esta sala para la resolución de la apelación.

TERCERO.- No habiéndose aportado nuevos documentos, ni propuesto prueba, ni considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación y votación el día 9 de enero de 2017. oyéndose en audiencia a la menor María Rosa el mismo día a las 10:15 horas.

CUARTO.- Que en la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Ha sido ponente en esta apelación el Ilmo. Sr. Presidente D. JULIAN CARLOS ARQUE BESCOS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia recaída en Primera Instancia que desestima la demanda de solicitud de colaboración jurisdiccional internacional para la restitución de la menor María Rosa al amparo de lo dispuesto en el art. 778 quinquies LEC , se alza el Abogado del Estado, presentado igualmente el Ministerio Fiscal escrito de impugnación, solicitando ambos la restitución de la menor al lugar de su residencia habitual en Argentina.

Consideran los recurrentes que ha existido infracción del art. 13 del Convenio Internacional suscrito en La Haya el 25 de Octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

SEGUNDO.- Son hechos acreditados:

Que la hija común María Rosa nacida el NUM000 -2006 en Zaragoza, llevaba residiendo en Argentina (DIRECCION000) desde agosto del 2012 hasta diciembre del 2015, ambos progenitores regularon los efectos de su ruptura a partir del 1-4-2014 por documento privado de la misma fecha.

Según el Código Civil y Comercial de la Argentina (Ley 26994) en caso de cese de convivencia se necesita autorización de ambos progenitores para el cambio de residencia permanente en el **extranjero** (art. 645).

En ningún momento el recurrente ha dado consentimiento por el actor cambio de residencia.

Tanto en el documento de 1-04-2014 como en la escritura pública de 16-6-2015 ambos progenitores únicamente se autorizan para viajar con la menor de manera temporal sin hacer declaración alguna al cambio de residencia.

La demandada aprovechándose de un viaje con la menor a Brasil durante las vacaciones en Diciembre de 2015 se trasladó a Zaragoza (España) donde actualmente permanecen.

María Rosa nació en Zaragoza el NUM000 -2006 residiendo en esta localidad hasta mediados del 2012 cursando estudios en el Colegio DIRECCION001 entre septiembre de 2009 a junio de 2012, en la actualidad cursa 5º de Primaria en el mismo colegio con muy buen aprovechamiento, su madre dispone de trabajo en esta localidad, disponiendo ambas de un entorno social adecuado.

TERCERO.- Consta pues acreditado la existencia de un traslado ilícito de la menor (art. 3 del Convenio Internacional de La Haya). Igualmente consta acreditado que no existe ningún riesgo grave de que la restitución de la menor exponga a la menor a ningún peligro grave físico-psíquico y que no ha transcurrido 1 año entre el traslado a España solo reclamación de restitución ante la autoridad Central del Estado donde se halla la menor.



CUARTO.- La Sentencia apelada fundamenta la negativa a la restitución en la excepción que prevee el art. 13 del Convenio de La Haya : La opinión del menor, dicho artículo establece: 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 apropiada tener en cuenta sus opiniones.

Sobre la audiencia o exploración del menor debe indicarse que esta es el medio por el que el menor afectado por un procedimiento, da a conocer al Juez su opinión, adquiriendo a través del principio de intermediación su mayor importancia, pues es precisamente esa percepción o impresión captada por el Juez la que debe valorarse en su justa medida, así el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Sentencia de 25 de marzo de 2013 indica que es el Juzgador de instancia a quien corresponde ponderar la capacidad y grado de discernimiento del menor. Igualmente el Tribunal Constitucional (Sentencia de 25 de noviembre de 2002 , 6 de junio de 2005 y 30 de enero de 2006) ha establecido que en aquellos casos en que se afecte a la esfera personal y familiar de menores y gozando éstos de juicio suficiente, procede que sean oídos por el Tribunal, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que concluyan en una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social. No se trata, es obvio, que la voluntad del menor decida el litigio, pero si que es claro que se trata de un factor que resulta relevante, valorándose junto con los demás factores concurrentes (artículo 80-2 del Código de Derecho Foral de Aragón y 76-4 y 6 del mismo texto legal , artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección del Menor y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989.

En el presente supuesto se trata de una menor de 10 años de edad, la audiencia de la misma se ha practicado en ambas instancias.

La practicada en esta alzada, viene a enmarcarse dentro de los mismos parámetros que los que se reflejan en Primera Instancia y que el Juez de instancia así los valora razonando su decisión.

La menor ratifica con rotundidad su deseo de no volver a Argentina permaneciendo en la localidad de Zaragoza, donde lleva más de un año, debe valorarse que la estancia en esta ciudad no supone una novedad en las vivencias de la menor donde nació y residió durante seis años, cursando estudios de educación infantil desde septiembre de 2009 a Junio de 2012 en el mismo colegio, que en el que actualmente está matriculada con pleno aprovechamiento, dispone de un entorno social adecuado con amigos de su infancia, así como su madre con la que ha vivido la mayor parte de su vida, y la que también conserva amigos de una época de residencia en Zaragoza.

Su opinión, teniendo en cuenta que su grado de madurez es adecuada a su edad (10 años), responde a un criterio razonable y propio sin influencias extrañas.

Tiene la menor vivencias negativas de su estancia en Argentina tanto las que se destacan por el Juzgador de instancia, en relación al periodo de ruptura de sus padres, como en su entorno social (vivienda) y trabajo de aquellos, cubriendo su actual situación todas sus expectativas sociales, familiares y culturales, por la que puede deducirse que en este caso la opinión de la menor es atendible y coincidente plenamente con su interés.

Sobre la prevalencia del interés del menor debe indicarse

que el principio de interés superior del menor o "*favor filii*" informa todo el ordenamiento no sólo el Aragonés, habiendo declarado el TC S 176/2008 de 22 de diciembre y de 07-10-2012 que dicho principio opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora sobre la guarda y custodia del menor, cediendo el interés de los progenitores al de éste. Ello, dice la Sentencia del TSJA de 21-12-2012 , es consecuencia de lo dispuesto en el Artº. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 20-11-1999, recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia de 21-09-1992 , Artº. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE , Artº. 11.2 LO. de Protección del menor de 15-01 - 1996 y Artº. 3.3.a) y c). 4 , 13 , 21 y 46.i de la Ley 12/2001 de 2 de julio de la Infancia y la Adolescencia de Aragón y artículos concordantes del CDFA Se trata como igualmente indica la Sentencia del TS. de 12-05-2012 , de un principio general que tiene carácter de orden público y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores.

El interés del menor es objeto de específica consideración en la L.O. 8/2015, de 22 de Julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que reforma la L.O. 1/1996, de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor, estableciendo en su Artº. 2 que: *todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.*

A efectos de la aplicación del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes factores: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectiva. b) La consideración de los deseos,



sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Los criterios antes indicados se ponderan teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinente y respeten los derechos de los menores.

En conclusión se desestima el recurso y la impugnación y se confirma la sentencia apelada.

QUINTO.- No procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en esta instancia (art. 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado y la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza de fecha 5 de Diciembre de 2016 en los autos de Sustracción Internacional de Menores nº 942/2016, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer especial declaración de las costas causadas en esta alzada.

Contra la presente Sentencia, no cabe recurso alguno.

Devuélvase las actuaciones al Juzgado de su procedencia, juntamente con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública, esta Sala Segunda, en el mismo día de su fecha, doy fe.