

Roj: **SAP GI 15/2017 - ECLI:ES:APGI:2017:15**Id Cendoj: **17079370012017100011**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Girona**Sección: **1**Fecha: **23/01/2017**Nº de Recurso: **51/2017**Nº de Resolución: **20/2017**Procedimiento: **Recurso de Apelación**Ponente: **FERNANDO LACABA SANCHEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUDIENCIA PROVINCIAL****SECCION PRIMERA****GIRONA****APELACION CIVIL****Rollo nº: 51/2017**

Autos: restitución o retorno de menors en los supósitos s nº: 709/2016

Juzgado Primera Instancia 6 Girona (ant.CI-7)

SENTENCIA N° 20/17

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Don Fernando Ferrero Hidalgo

Don Carles Cruz Moratones

En Girona, veintitres de enero de dos mil diecisiete

VISTO , ante esta Sala el Rollo de apelación nº 51/2017, en el que ha sido parte apelante Dña. Almudena , representada esta por la Procuradora Dña. EDURNE DIAZ TARRAGÓ, y dirigida por la Letrada Dña. M. GLÒRIA PERACAU LA SERRA; y como partes apeladas el MINISTERI DE JUSTÍCIA, MINISTERI FISCAL y d. Severino .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Primera Instancia 6 Girona (ant.CI-7), en los autos nº 709/2016, seguidos a instancias de D. Severino y MINISTERI DE JUSTÍCIA, contra Dña. Almudena , se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: *ESTIMO la demanda instada por el Abogado del Estado frente a Dña. Almudena , DECLARANDO que la retención en España del menor Calixto , por parte de su madre, hoy demandada, es ilícita a partir del día 22 de noviembre de 2015, fecha en que Dña. Almudena debió haber devuelto al menor a su padre en Honduras, tal y como había sido ordenado judicialmente. En consecuencia, ACUERDO el retorno y la restitución del menor al referido país de origen en un plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de firmeza de la presente resolución, debiendo ser entregado el menor por la madre al padre en su domicilio de Honduras.*

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas y hágaseles saber que la misma no es firme y que podrá interponerse recurso de apelación, con efectos suspensivos y tramitación preferente, en el plazo de tres días



hábiles desde su notificación, que se resolverá, interpuesto en forma, ante la Audiencia Provincial de Girona. De conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la LO 1/09, de 3 de noviembre, si procediese la interposición de recurso de apelación, se exigirá la constitución de un depósito de 50 euros, no admitiéndose a trámite ningún recurso sin la constitución del respectivo depósito, aunque con las salvedades previstas en el apartado 5º de la misma Disposición o beneficiarios de Justicia Gratuita. Depósito que deberá hacerse efectivo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de este Juzgado, debiéndose indicar en las observaciones del documento de ingreso el tipo de recurso a interponer, con su correspondiente código: Apelación-02. "

SEGUNDO.- La relacionada sentencia de fecha 26/10/2016, se recurrió en apelación por la parte, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

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

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Lacaba Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la recurrida en todo aquello que no contradiga lo que se dice a continuación.

PRIMERO.- Antecedentes a considerar.-

La Abogacía del Estado, en nombre y representación del MINISTERIO DE JUSTICIA ESPAÑOL, instó demanda de solicitud de retorno del menor Calixto, nacido el NUM000 2007 de nacionalidad **Hondureña**.

Los hechos sustentadores de dicha pretensión, consistían en la disolución, por mutuo acuerdo en el año 2012, en escritura pública ante Notaria de Honduras, en la que, los ahora litigantes acordaron que la guarda y custodia del menor Calixto la ejerciera su padre D. Severino.

El 4/09/2015 el Juzgado de Letras Seccional de Soguatepeque, Comayagua, homologó dicho acuerdo conciliatorio, con efectos de cosa juzgada. En dicha resolución, se aludía a que el padre concedía autorización, para viajar a España, al menor, por dos meses, con obligación para la madre, de que, transcurrido dicho periodo de tiempo, el menor regrese a Honduras.

El mencionado menor, viajó a España el 21/09/ 2015, sin que, a día de hoy la madre haya devuelto el menor a Honduras, por lo que el padre, realizó, desde Honduras, solicitud de restitución internacional, dirigida a las autoridades de Honduras, dando origen a las presentes actuaciones, donde se ha dictado Sentencia, por el Juzgado de Familia de Girona, estimando la solicitud del Estado Español.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la madre y demandada en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- Sustracción internacional de menores, Derechos Humanos y proceso civil.-

La vinculación de la sustracción internacional de menores con los derechos fundamentales ha sido jurisprudencialmente desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante) en su interpretación del derecho al respeto a la vida privada y familiar contenido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

El propio Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha puesto de relieve en reiterada jurisprudencia, que el respeto a los derechos fundamentales tanto del menor como del progenitor ilegalmente privado de su derecho a relacionarse con su hijo o a tenerlo en su compañía por haberse visto envuelto el menor en una sustracción internacional por parte de su otro progenitor, tiene una necesaria vinculación con el proceso civil. En efecto, en los procesos relativos a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional deben ser absolutamente prioritarios el interés superior del menor, en su vertiente sustantiva, y la celeridad, en su dimensión procesal. (SSTEDH de 22 junio 1989, Erikson contra Suecia y de 27 octubre 2011, Bergmman contra Republica Checa, entre otras).

Por lo que respecta a la regulación procesal el principio de celeridad es fundamental: la adecuación de una medida debe ser juzgada por la rapidez de su implementación, en tanto el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre los niños y el padre que no vive con ellos; de tal forma que los procedimientos ineficaces o trufados de dilaciones pueden suponer la violación del art 8 CEDH.

La Disposición Final tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, introdujo un nuevo Capítulo IV bis en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, integrado por los artículos 778 quáter a 778 sexies, en el que se contienen las medidas relativas a la restitución de menores en supuestos de sustracción internacional de menores; regulación que entró en vigor el 23 de julio de 2015. Esta reforma revisa muy acertadamente la opción legislativa consistente en mantener esta materia dentro del campo de la jurisdicción voluntaria y fuera del ámbito propio de los procesos contenciosos de familia, ya que en los



supuestos de sustracción internacional resulta evidente que hay una controversia, derivada precisamente del traslado o retención ilícita de un menor por uno de sus progenitores en contra de la voluntad del otro.

El Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, es el instrumento internacional más importante en materia de sustracción internacional de menores, y persigue una doble finalidad: 1) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, y 2) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

La filosofía del Convenio parte de la preservación del interés del menor identificado con la permanencia en su entorno vital y, consecuentemente en su inmediato retorno cuando es desplazado a otro Estado. El Convenio se inspira en el principio "solve et repete": primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre a quién corresponden los derechos de guarda y visita y el derecho a decidir sobre la residencia del menor. Para alcanzar este objetivo, el Convenio consagra en primer lugar entre sus objetivos el restablecimiento del "status quo" mediante la 'restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante.

Pues bien, el Convenio de La Haya atribuye a las Autoridades Centrales de cada uno de los Estados parte la misión de colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados. En el caso de España, la Autoridad Central es el Ministerio de Justicia y, en concreto, dichas funciones corresponden a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional (art 6 RD 453/2012 de 5 de marzo , por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia)

Ello no obstante, para la cabal comprensión del ámbito objetivo de aplicación de este nuevo proceso especial, debe definirse claramente qué se debe entender por traslado ilícito y por retención del menor a los efectos de concluir adecuadamente el ámbito de aplicación del mismo. De conformidad con los arts. 3 del Convenio de La Haya y 2.11 del Reglamento Bruselas II bis, el traslado o la retención de un menor se consideran ilícitos:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos con arreglo al Derecho vigente en el Estado en donde 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.

TERCERO.- *Supuesto analizado. Desestimación del recurso.-*

El recurso analizado, instado por la madre del menor, residente en la localidad de Les Planes d'Hostoles, se funda, al margen de en normativa internacional, con cita del Convenio de la Haya aquí aplicado y la Constitución Española, parte de una premisa fáctica que no puede ser objeto de análisis en este proceso; esto es, se dice que el padre no estaba ejerciendo, de modo efectivo, el derecho de custodia en el momento en que se produjo el traslado del menor, e invoca un pretendido riesgo para el menor, en caso de devolución.

Tal planteamiento está abocado al fracaso, puesto que además de no resultar acreditadas las razones expuestas y transcritas, , se olvida que, en este concreto proceso, el Juez debe dictar sentencia en la que se pronunciará, únicamente, sobre si el traslado o la retención son ilícitos y acordará si procede o no la restitución del menor a la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o su retorno al lugar de procedencia para permitir al solicitante el ejercicio del régimen de estancia, comunicación o relación con el menor, teniendo en cuenta el interés superior de éste y los términos del correspondiente convenio o de las disposiciones de la Unión Europea en la materia, según el caso (art. 778 quinquies LEC).

No contradice el recurso, que el padre ostenta la guarda y custodia, con autorización judicial, desde el año 2012 y que el art. 193 del Código Civil hondureño, impone, en materia de guarda y cuidado, estar a lo acordado por los padres si estos no viven juntos. Tanto la legislación **hondureña** como los extremos relativos al convenio adoptado por los padres y la resolución judicial aprobatoria, han sido aportados a las presentes actuaciones.

Debe tenerse presente, también, la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que señala que, los menores ya no deben ser considerados propiedad de los padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios.

La madre y recurrente, ha actuado por la vía de hecho, y sin esperar a discutir judicialmente, en su país de origen, la bondad o no de la medida de guarda y custodia, decide no devolver al menor y mantenerlo en su compañía, con flagrante vulneración de las resoluciones judiciales de su país.

Se impone, por ello, reestablecer cuanto antes el "status quo" del menor, de forma que pueda regresar a Honduras.



CUARTO.- Costas.-

Dada la naturaleza del asunto la Sala estima que no deben ser impuestas las costas del recurso.

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso instado por D^a Almudena y CONFIRMAMOS en su integridad, la Sentencia del Juzgado de Familia de Girona de fecha 26 octubre 2016 , dictada en proceso 709/16, sin mención sobre costas del recurso.

Líbrense 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 por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el lltmo. Sr. Magistrado - Ponente D. Fernando Lacaba Sánchez, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ