

SUSTRACION INTERNACIONAL DE MENORES. SE DECLARA ILICITUD DEL TRASLADO de Italia a España. Carga de la prueba. Deseo de los menores sobre la residencia de un menor de 6 y 8 años. El juzgado de primera instancia declara la licitud y la audiencia provincial la ilicitud y dice esto.

Carga de la prueba. El convenio de la Haya dice que corresponde a la parte demandada (la madre) acreditar de forma cumplida que el padre de los menores no ejercía de modo efectivo su derecho de custodia.

Informe psicosocial. Diferencia entre custodia efectiva y custodia eficaz. El informe habla de que el padre no ha ejercido la custodia de modo eficaz

Resulta ya significativa la cuestión terminológica y la forma en que se expresa el IPS, pues no es lo mismo una custodia efectiva que una custodia eficaz.

Según la RAE

- efectivo es un adjetivo que significa real o verdadero en oposición a lo quimérico, dudoso o meramente nominal,
- mientras que eficaz es también un adjetivo que significa activo, que logra un propósito.

Deseo de los menores. Sobre el deseo expresado por los menores de 6 y 8 años, aunque hayan manifestado su deseo residir en Valladolid y no volver a Italia, no pueden por razones objetivas de su corta edad tomar decisiones sobre su residencia.

Sentencia Audiencia provincial de Valladolid de 3 junio 2022. Número Sentencia: 190/2022 Número Recurso: 354/2022 Numroj: SAP VA 930:2022 Ponente: [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#) Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Cabecera: Principio del superior interés del menor. Guarda y custodia de hijo menor de edad

A los efectos de la decisión de este procedimiento, que solo puede versar sobre la procedencia o improcedencia de la restitución de los menores, y no puede entrar sobre la forma más o menos adecuada en que se ejerce la guarda y custodia (cuestión ésta que deberá resolverse ante al juez competente para decidir sobre la **guarda y custodia de los menores**), basta con valorar si existe o no un ejercicio real o efectivo del derecho / deber de custodia, con independencia de su carácter más o menos adecuado al **interés superior de los menores.**

Tras la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el artículo 9 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de

protección jurídica del menor, dispone que se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Jurisdicción: Civil

Ponente: [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 03/06/2022

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 190/2022

Número Recurso: 354/2022

Numroj: SAP VA 930:2022

Ecli: ES:APVA:2022:930

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00190/2022

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

-

Teléfono: 983.413486 **Fax:** 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGR

N.I.G. 47186 42 1 2022 0006306

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000354 /2022

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: X57 RESTITUC/RETORNO MENORES.SUSTRACCION INTERNAC 0000302 /2022

Recurrente: MINISTERIO FISCAL, DIRECCION GENERAL DE COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL

Procurador: ,

Abogado: , ABOGADO DEL ESTADO

Recurrido: Tomasa

Procurador: MARTA FERNANDEZ GIMENO

Abogado: MÓNICA ARRANZ VEGAS

SENTENCIA num. 190/2022

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL

En VALLADOLID, a tres de junio de dos mil veintidós.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de sustracción internacional de menores nº 302/2022 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Valladolid, seguido entre partes, de una como **DEMANDANTE-APELADA-ADHERIDO:** DIRECCION GENERAL DE COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL , representada por el Abogado del Estado, y de otra como **DEMANDADO-APELADA:** Tomasa , representada por la Procuradora D^a MARTA FERNANDEZ GIMENO y defendida por la letrada D^a MONICA ARRANZ VEGAS; y como **APELANTE:** EL MINISTERIO FISCAL; sobre sustracción internacional de menores.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 12-05-2022, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "DESESTIMO la demanda interpuesta por la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones, del Ministerio de Justicia de España contra Doña Tomasa concurrir las causas a) y b) del artículo 13 del Convenio de la Haya y, en su consecuencia: DECLARO que el traslado de los menores Dimas y Angelina, nacidos respectivamente el NUM000 de 2016 y el NUM001 de 2014, no ha sido ilícito y no procede su restitución a su antiguo lugar de residencia en Italia. Se declaran de oficio las costas procesales".

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso y el Abogado del Estado se adhiere al escrito de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 1 de junio de los corrientes, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.

Por el MINISTERIO FISCAL se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 12-5-2022 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid en la que se deniega la restitución de los menores Angelina y Dimas a su anterior lugar de residencia en Monteroni di Lecce, Italia, por entender que concurren las causas previstas en los apartados a) y b) del art. 13 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (en lo sucesivo, CLH).

En síntesis, el MINISTERIO FISCAL (en lo sucesivo, MF) apela la sentencia por entender que:

1. No está suficientemente probado que el padre de los menores no ejerciera de forma efectiva el derecho de custodia, tal y como exige el art. 13.a) del CLH.
2. Que los menores tienen 8 y 6 años respectivamente y carecen por ello de la suficiente madurez para decidir sobre su retorno que exige el art. 13.b) LCH.

Conferido traslado para formular oposición al recurso de apelación interpuesto, La ABOGACÍA DEL ESTADO (en lo sucesivo, AE), que instó la demanda en representación de la AUTORIDAD CENTRAL DE ESPAÑA, se adhiere al recurso de apelación del MF añadiendo, en síntesis, que:

1. Los motivos de oposición a la restitución del art. 13 CLH deben ser interpretados en un sentido restrictivo.
2. Consta en las actuaciones, por el informe psicosocial (en lo sucesivo IPS), que el padre sí ejercía la custodia y cuidado de sus hijos en el momento de la supuesta sustracción, sin perjuicio de que fuera la madre la que más se ocupara de los mismos.
3. El requisito de que "el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones" a que se refiere el art. 13. c) del CLH debe ponerse en relación con el art. 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC) sobre los procesos de guarda y custodia de menores, que fija esa madurez en los 12 años.

La parte apelada se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, añadiendo, en síntesis, que:

1. El traslado en los supuestos del art. 13 CLH es lícito, aunque no sea consentido.
2. La carga de la prueba de la concurrencia de las causas previstas en el art. 13.a) y b) del CLH se ha levantado oportunamente y de forma suficiente por la parte actora por medio del IPS y ante la ausencia de pruebas de contrario como la declaración del progenitor que ni siquiera ha sido interesada por el MF.
3. El argumento del MF sobre la falta de madurez suficiente de los menores es contrario al espíritu de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y el derecho de los menores que en ella se consagra a ser siempre oídos con todas las garantías y sin límites de edad.

Debemos aclarar que, aunque los escritos del MF y del AE se refieren también a otras causas previstas en el art. 13 CLH, concretamente al consentimiento del progenitor y al peligro que supondría la restitución para los menores, causas que junto con otras fueron invocadas por la parte demandada en su escrito de oposición a la demanda, lo cierto es que la sentencia de instancia las ha rechazado expresamente y ha fundado su decisión denegatoria de la restitución exclusivamente en las causas consistentes en la falta de ejercicio efectivo del derecho de custodia y en la oposición de los menores a su restitución, por lo que a ellas ha de quedar limitado el presente recurso de apelación.

Sentado lo anterior, analizaremos ambas causas por separado, pero estableceremos previamente que las mismas han de ser objeto de una interpretación restrictiva.

SEGUNDO.-LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN A LA RESTITUCIÓN DE LOS MENORES PREVISTAS EN EL ART. 13 CLH.

El art. 3 del CLH sienta la regla de que es ilícito el traslado de los menores del lugar de su residencia a otro país, y procede su restitución, si no media el previo consentimiento de la persona o entidad que tenía atribuida, por cualquier título, un derecho de custodia y lo ejercía de forma efectiva en el momento del traslado.

Esta regla general tiene una serie de excepciones en el art. 13 LCH. Pero, en cuanto excepciones a la regla general de restitución, las mismas han de ser objeto de una interpretación restrictiva. En el mismo sentido y por muchas otras, AAP LAS PALMAS, Secc. 3ª nº 69/2009, de 10 de marzo, SAP PONTEVEDRA (Secc. 1ª) de 2 de mayo de 2019 y SAP OVIEDO (Secc.4ª de 12-1-2021).

De ello se desprende que la parte que alega la existencia de causas de excepción a la regla general de la restitución de los menores ha de probarlas de manera cumplida.

TERCERO.- SOBRE LA CAUSA DE DENEGACIÓN DEL RETORNO DE LOS MENORES PREVISTA EN EL ART. 13.A) DEL CLH: LA FALTA DE EJERCICIO EFECTIVO DE LA CUSTODIA.

Dispone el art. 13.a) del CLH que:

"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.[...]"

Así pues, en nuestro caso, **corresponde a la parte demandada (la madre)** acreditar de forma cumplida que el padre de los menores no ejercía de modo efectivo su derecho de custodia.

El IPS concluye que el padre, en el último año, no ha ejercido de modo *eficaz* (sic) la custodia sobre sus hijos. La sentencia de litis se apoya en dicha conclusión para considerar que concurre en el caso de litis causa de denegación de la restitución de las menores.

Resulta ya significativa la cuestión terminológica y la forma en que se expresa el IPS, pues **no es lo mismo una custodia efectiva que una custodia eficaz**.

Según la RAE

- **efectivo** es un adjetivo que significa real o verdadero en oposición a lo quimérico, dudoso o meramente nominal,
- **mientras que eficaz** es también un adjetivo que significa activo, que logra un propósito.

La custodia efectiva a que se refiere el art. 13 CLH es pues una custodia real o verdadera, en oposición a una custodia meramente nominal o dudosa, que se ejerce realmente por una persona, con independencia del grado de intensidad o acierto con que se produce dicho ejercicio. De distinta manera, la custodia eficaz será aquella que cumple de forma adecuada y con acierto todos los propósitos o fines de la misma.

Esta diferencia terminológica ilustra bien lo que sucede en el caso de litis. Del IPS, que se hace eco de las manifestaciones de las menores y de la madre, y del propio contenido de la contestación a la demanda se desprende que el padre sí ejercía de manera efectiva su derecho/deber de custodia sobre sus hijas, aunque, al parecer, no de manera ciertamente adecuada y eficaz.

Según se reconoce en la demanda el padre es camionero, pasa todo el día fuera de casa y cuando llegaba a casa muchas veces las niñas ya estaban dormidas. Ello explicaría el poco

tiempo que el padre pasaba con sus hijas y que la madre ostente, según indica el IPS, un papel protagonista en la crianza de las hijas.

Pero ello no quiere decir que el padre no ejerciese sobre ellas su derecho/deber de custodia, entendido como derecho/deber de cuidado y de decisión sobre la residencia de los menores en los términos del art. 5 CLH. De la misma forma, se reconoce en la demanda que el padre entregaba dinero a la madre para el sustento de la familia, aunque, al parecer, de forma esporádica y arbitraria. De nuevo encontramos aquí un ejercicio real del derecho/deber de custodia, aunque, al parecer, inadecuado e insuficiente. También el hecho de que el padre haya visitado en una ocasión a sus hijas después de su traslado a España es indicativo de dicho ejercicio.

En suma, a **los efectos de la decisión de este procedimiento, que solo puede versar sobre la procedencia o improcedencia de la restitución de los menores,** y no puede entrar sobre la forma más o menos adecuada en que se ejerce la guarda y custodia (cuestión ésta que deberá resolverse ante al Juez competente para decidir sobre la guarda y custodia de los menores), **basta con valorar si existe o no un ejercicio real o efectivo del derecho/deber de custodia,** con independencia de su carácter más o menos adecuado al interés superior de los menores.

En el caso de litis, tal ejercicio de custodia por parte del padre, tal y como ha quedado explicado *ut supra*, existía en el momento del traslado de los menores, por lo que no procede estimar la causa de oposición prevista en el art. 13.a) del CLH.

CUARTO.- SOBRE LA CAUSA DE DENEGACIÓN DEL RETORNO DE LOS MENORES PREVISTA EN EL ART. 13.B) DEL CLH: LA OPOSICIÓN DEL MENOR A SU RESTITUCIÓN.

Dice el art. 13.b), segundo párrafo, que:

"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."

Debemos dejar sentado que, como destaca la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, la oposición del menor maduro no supone la automática denegación de la restitución, sino que lo que genera es la obligación de ser tomada en cuenta por el Juez. En el mismo sentido AAP Valencia, secc. 10ª, nº 405/2011, de 5 de diciembre.

Los menores Angelina, de 8 años, y Dimas han expresado ante el equipo psicosocial su deseo de no retornar a Italia y de permanecer con su madre en DIRECCION000 (Valladolid).

La cuestión que debe resolverse es si dichos menores han alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones. La respuesta ha de ser negativa.

Un niño de 6 años y una niña de 8 años, por mucho que esta última pueda presentar un grado de madurez superior al que corresponde a su edad según el IPS, **no pueden, por razones objetivas de su corta edad, tomar decisiones sobre su residencia**. Debe recordarse que, tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (en adelante LOPJM) dispone que se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Y a la misma edad apunta el art. 770.4ª LEC.

En cualquier caso, como certeramente apunta la AE, que Angelina tenga una madurez superior a sus ocho años no quiere decir que tenga madurez suficiente para tomar una decisión como la analizada.

A la vista de las anteriores consideraciones, procede concluir que tampoco concurre la causa de oposición a la restitución prevista en el art. 13.b) CLH.

QUINTO.- SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL TRASLADO DE LAS MENORES POR PARTE DE LA MADRE DESDE MONTERONI DI LECCE, ITALIA A DIRECCION000, ESPAÑA.

Vistos los hechos y consideraciones expuestos *ut supra*, de conformidad con el art. 778 quinquies.9 LEC, en relación con el apartado 11.e) del mismo precepto legal, procede **revocar la sentencia de instancia, declarar la ilicitud del traslado** de los menores desde MONTERONI DI LECCE, ITALIA, a DIRECCION000, ESPAÑA, y ordenar el retorno de los menores a MONTERONI DI LECCE, ITALIA.

De conformidad con el art. 778 quinquies.9 y 10 LEC, el traslado de los menores habrá de realizarse en compañía de la madre en los siguientes términos:

1. Deberá tener lugar en el plazo de 20 días a contar desde la notificación a la demandada de la presente resolución.
2. Se realizará, si es posible, en la misma forma y por los mismos medios de transporte en que tuvo lugar el viaje hasta DIRECCION000.
3. Los gastos del viaje serán sufragados por la demandada.
4. Para evitar un nuevo traslado ilícito de los menores tras la notificación de la sentencia, procede adoptar las siguientes medidas de garantía:
 - a. Requerir, bajo apercibimiento de delito de desobediencia a la autoridad judicial y a través de su representación procesal, a la madre para que, al día siguiente de la notificación, haga entrega de los pasaportes de los menores a los Servicios

Sociales del Ayuntamiento de DIRECCION000 y la víspera hábil del viaje presente y exhiba ante dichos Servicios los billetes y demás documentos que acrediten el viaje a MONTERONI DI LECCE, ITALIA.

b. Oficiar, incluso telemáticamente, a los Servicios Sociales del Ayuntamiento de DIRECCION000 (a los que se adjuntará copia de la presente resolución) para que custodien los mentados pasaportes, visen la documentación del viaje y devuelvan todo ello a la madre en la víspera hábil del viaje, y para que den cuenta de cualquier incidencia que pueda producirse al Juzgado de primera instancia 13 de Valladolid, competente para la ejecución de la presente sentencia.

Notificada la presente sentencia, devuélvanse sin demora los presentes autos al Juzgado de primera instancia 13 de Valladolid a los efectos de su ejecución forzosa si no fuera voluntariamente cumplida por la demandada.

SEXTO.- SOBRE LAS COSTAS.

De conformidad con el art. 778 quinquies.10 LEC, procede imponer a la demandada las costas de la primera instancia.

De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC., no procede hacer expresa condena en las costas de esta segunda instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la potestad jurisdiccional que la Constitución Española nos concede.

FALLO:

Que, **estimando** el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada en fecha 12-5-2022 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, en la que se deniega la restitución de los menores Angelina y Dimas a su anterior lugar de residencia en MONTERONI DI LECCE, ITALIA, debemos revocar y revocamos la expresada sentencia y

I. Debemos declarar y declaramos la ilicitud del traslado de los menores desde MONTERONI DI LECCE, ITALIA, a DIRECCION000, ESPAÑA.

II. Debemos ordenar y ordenamos el retorno de los menores a MONTERONI DI LECCE, ITALIA en los siguientes términos:

a. Habrá de realizarse en compañía de la madre, Tomasa, en el plazo de 20 días a contar desde la notificación a la demandada de la presente resolución.

b. Se realizará, si es posible, en la misma forma y por los mismos medios de transporte en que tuvo lugar el viaje hasta DIRECCION000.

c. Los gastos del viaje serán sufragados por la demandada.

III. Debemos adoptar y adoptamos las siguientes medidas para evitar un nuevo traslado ilícito de los menores tras la notificación de la sentencia:

a. Requierase, bajo apercibimiento de delito de desobediencia a la autoridad judicial y a través de su representación procesal, a la madre para que, al día siguiente hábil de la notificación, haga entrega de los pasaportes de los menores a los Servicios Sociales del Ayuntamiento de DIRECCION000 y la víspera hábil del viaje presente y exhiba ante dichos Servicios los billetes y demás documentos que acrediten el viaje a MONTERONI DI LECCE, ITALIA.

b. Oficiése, incluso telemáticamente, a los Servicios Sociales del Ayuntamiento de DIRECCION000 (a los que se adjuntará copia de la presente resolución) para que:

- custodien los mentados pasaportes,
- visen o comprueben la documentación del viaje,
- devuelvan los pasaportes a la madre en la víspera hábil del viaje,
- den cuenta de cualquier incidencia que pueda producirse al Juzgado de primera instancia 13 de Valladolid, competente para la ejecución de la presente sentencia.

IV. Debemos condenar y condenamos a la demandada al pago de las costas de la primera instancia. No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente Recurso de Apelación.

Esta sentencia es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Notificada la presente sentencia, devuélvanse sin demora los presentes autos al Juzgado de primera instancia 13 de Valladolid a los efectos de su ejecución forzosa si no fuera voluntariamente cumplida por la demandada.

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

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.