



Roj: **SAP B 10564/2023 - ECLI:ES:APB:2023:10564**

Id Cendoj: **08019370122023100474**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **06/10/2023**

Nº de Recurso: **728/2022**

Nº de Resolución: **517/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MERCEDES CASO SEÑAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68, planta baixa - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120228138368

### **Recurso de apelación 728/2022 -B1**

Materia: Jurisdicción voluntaria familia

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona (Familia)**

**Procedimiento de origen: Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 274/2022**

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0658000012072822

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0658000012072822

Parte recurrente/Solicitante: Anibal

Procurador/a: Juan Antonio Satorras Calderon

Abogado/a: MERITXELL TARRAGÓ PÉREZ

Parte recurrida: ABOGADO DEL ESTADO

Procurador/a:

Abogado/a:

### **SENTENCIA Nº 517/2023**

#### **Magistrados Ims Sres:**

Dña. Mercedes Caso Señal (Ponente) D. Vicente Ballesta Bernal D. Ernesto Pascual Franquesa

Barcelona, 6 de octubre de 2023

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.**- En fecha 25 de julio de 2022 se han recibido los autos de sustracción internacional de menores 274/2022 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Juan Antonio Satorras Calderón, en nombre y representación del Sr. Anibal contra la Sentencia de 27 de mayo de 2022 y en el que consta como parte apelada la Abogacía del estado en representación de los intereses de la Sra. Brigida y el MF.

**SEGUNDO.**- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:" Que estimando la demanda interpuesta por la representación procesal del ABOGADO DEL ESTADO, en representación del Ministerio de Justicia, en su calidad de Autoridad Central para la defensa y aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1.980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, por cuenta de DÑA. Brigida contra D. Anibal , debo declarar y declaro que la retención de los menores Conrado y Cornelio en España es ilícita. Se acuerda el retorno de los menores junto a su madre DÑA. Brigida a su domicilio en Brasil, restituyendo a los menores a su lugar de origen para los Tribunales competentes decidan cualquier cuestión que los progenitores quieran plantear. Se prohíbe al Sr. Anibal que viaje fuera de España con los menores a otro destino que no sea Brasil.

En cuanto a la forma y plazo de ejecución de la orden de restitución de los menores, se fija en el improrrogable plazo de cuarenta días desde la notificación de la presente resolución, debiendo viajar a Brasil en compañía del padre o en su defecto, de la persona que designe la madre.

Se imponen a la parte demandada las costas del presente procedimiento, incluyendo aquellas en que haya incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasione el retorno de los menores a Brasil.

**TERCERO.**- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos. Se dictó auto denegando la prueba propuesta el 21 de septiembre de 2022 y se fijó día para deliberación, votación y fallo el 15 de diciembre de 2022.

Por providencia de 21 de septiembre de 2023 por motivos de jubilación de la Magistrada ponente se designó nueva ponente y se acordó la práctica de diligencias finales consistente práctica de la audiencia de los menores Cornelio y Conrado que tuvo lugar el día **28 de septiembre de 2023. Se dio traslado a las partes de la audiencia y se prosigió la deliberación.**

**CUARTO.**- En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso salvo los plazos procesales por circunstancias derivadas de la acumulación de asuntos.

Se designó ponente a la Magistrada Sra. Mercedes Caso Señal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Interpone recurso de apelación la representación del Sr. Anibal contra la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona en el procedimiento de restitución de menores seguido bajo el número 274/22. Entiende que la resolución no ha aplicado adecuadamente el Convenio de la Haya de 1980 y no ha valorado la aplicación del párrafo 2º el artº 12 al haberse iniciado el procedimiento tras el transcurso de un año tras la no devolución de los menores, no ponderando su plena integración en su entorno social y familiar en España. Asimismo, estima el recurrente que no se ha atendido a la opinión libremente expresada por los hijos en el sentido de desear permanecer en España y no regresar a Brasil. Añade también que al tener noticia de la resolución dictada el 27 de mayo de 2022 los menores habían manifestado un rechazo hacia la madre y un cuadro de afectación psicológica que les estaba perjudicando, negándose tajantemente al regreso.

Tanto la Abogacía del Estado en su función de Autoridad Central como el MF se ha opuesto al recurso.

**SEGUNDO.** Para la adecuada resolución del recurso es indispensable concretar los siguientes hechos:

1º La Sra. Brigida , de **nacionalidad** brasileña, y el Sr. Anibal , de **nacionalidad** española contrajeron matrimonio en DIRECCION000 el 12 de diciembre de 2008.

2º El matrimonio tuvo dos hijos, Conrado , nacido el NUM000 de 2008 y Cornelio , nacido el NUM001 de 2010. Los dos nacieron en DIRECCION000 (Tarragona) y tienen **nacionalidad** española.

3º En el año 2012 toda la familia se trasladó a Brasil escolarizándose los dos menores en la Escuela DIRECCION001 .

4º La relación matrimonial entró en crisis y el Sr. Anibal regresó a España en 2018 quedando los menores bajo la guarda materna.

5º Sin embargo las partes llegaron a un acuerdo por el que los menores residirían un año en España con el padre y al año siguiente regresarían a Brasil. Por tanto, el 6 de agosto de 2019, los dos menores se trasladaron a España con el consentimiento de la Sra. Brigida .

6º En agosto de 2020 el Sr. Anibal se negó a que los menores regresaran a Brasil.

7º En Cataluña reside también una hija de la Sra. Brigida , ya mayor de edad.

8º La demanda de restitución se presentó ante el decanato de Barcelona el 6 de mayo de 2022.

9º Los menores han sido escuchados directamente por la Magistrada de Instancia el 25 de mayo de 2022 y por la Magistrada ponente en esta alzada el 28 de septiembre de 2023.

**TERCERO**- No existe debate sobre el consentimiento prestado por la Sra. Brigida al traslado de los menores a España el 6 de agosto de 2019 ni sobre la no devolución de los mismos un año después por el Sr. Anibal . En aquel momento los dos ostentaban la potestad sobre los hijos y ninguna resolución judicial había restringido sus derechos de custodia. Por tanto, no se cuestiona que la retención fue ilícita y se inició a partir de agosto de 2020.

Ahora bien, no compartimos el criterio de la sentencia respecto del transcurso del año previsto en el artº 12 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Así, en la instancia se ha considerado que el cómputo del año debe iniciarse desde que se inició el procedimiento ante las autoridades administrativas de Brasil. Pero el texto del Convenio dice expresamente: artº 12 "Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artº 3, y en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa **del Estado contratante donde se halle el menor**, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio".

Por tanto, el plazo se tiene que considerar desde el inicio de las actuaciones en el Estado donde se halle el menor, y no en el Estado en el que había residido con anterioridad. Especialmente relevante es que los menores tenían su residencia habitual en España al momento de la retención pues así lo habían consensuado sus progenitores.

Cuando la Abogacía del Estado interpone la demanda - el 6 de mayo de 2022- ha transcurrido 1 año y 9 meses desde la retención por lo que la resolución debió valorar la integración de los menores.

Y este es un aspecto importante porque Conrado y Cornelio llevan viviendo en España, y en concreto en DIRECCION002 , más de cuatro años, no habiendo regresado a Brasil en ningún momento.

Los menores han estudiado en España los cursos 19/20, 20/21, 21/22, 22/23 y se encuentran en la actualidad en el curso 23/24.

Aunque la prueba practicada por el demandado ha sido muy pobre, de las manifestaciones de los dos menores se desprende que llevan la vida habitual de dos menores de su edad. Ven a su abuela paterna casi cada semana e incluso también se relacionan con su hermana de vínculo sencillo por parte de madre que vive también en Cataluña. No refieren problemas escolares en la actualidad y aunque no realizan actividades extraescolares manifiestan hallarse a gusto con sus amigos. Viven en un inmueble junto a su padre y disfrutan especialmente de los animales domésticos que les acompañan.

Por tanto, hemos de concluir que se encuentran perfectamente integrados en un entorno en el que llevan más de 4 años viviendo.

**CUARTO**- El artº 13 del Convenio de la Haya regula las excepciones a la restitución y en su párrafo tercero recoge: "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."

En el Informe explicativo de Dña. Ana María respecto del Convenio de la Haya se decía: "30 Además, el Convenio admite asimismo que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés. Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero



que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores. No obstante, una disposición de esa naturaleza era indispensable dado que el ámbito de aplicación del Convenio *ratione personae* se extiende a los menores hasta el decimosexto cumpleaños; y es que, hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ejemplo de quince años, contra su voluntad. Por lo demás, en este punto concreto, los esfuerzos hechos para ponerse de acuerdo respecto a una edad mínima a partir de la cual la opinión del niño podría ser tomada en consideración han fracasado, ya que todas las cifras tenían un cierto carácter artificial, por no decir arbitrario; en consecuencia, se ha entendido que era preferible dejar la aplicación de esta cláusula al mejor juicio de las autoridades competentes."

El TEDH se ha pronunciado también sobre el valor de la opinión de los menores. Así, en el caso *Sneersone y Kampanella contra Italia*, STEDH de 12 de julio de 2011, la República de Letonia advirtió que la sentencia italiana de 2008 se había adoptado sin tener en cuenta la opinión de Marko. El Comité del Consejo de Europa, al tratar el caso, dispuso que se podía apreciar del Reglamento Bruselas II Bis, de la CDN, del Convenio de La Haya y de la Carta de la UE que escuchar la opinión del niño en aspectos que le vinculan directamente es un principio fundamental. Sin embargo, ese principio no es absoluto. Lo que se tiene que tener en cuenta es el nivel de desarrollo del menor. Este nivel ni puede ni debe ser definido en ningún tratado internacional. Por tanto, deben ser las autoridades nacionales las que gocen de una amplia discrecionalidad en esta cuestión.

Decía la Sentencia de la Sección 18 de 13 de enero de 2023:" La Sala entiende que para que pueda ser estimada dicha excepción no basta con que el menor se oponga a la restitución, sino que la objeción debe ser seria y fundamentada, no basta con la expresión de una preferencia o deseo de seguir conviviendo en el lugar al que ha sido llevado tras la sustracción, sino una objeción clara a volver al Estado de su residencia. El sentimiento de oposición y de rechazo debe ser expresado de forma clara y contundente, el rechazo debe ser absoluto y no debe estar mediatizado"

Conrado tiene ahora quince años. Solo quedan 6 meses para que el Convenio de la Haya no le sea aplicable. Pero más allá de la proximidad con el límite previsto en el artº 4, la audiencia celebrada el pasado 28 de septiembre de 2023 evidenció que estamos en presencia de un joven extraordinariamente maduro. Conrado hablaba con voz propia. Reconoció que la integración escolar tras su llegada en el año 2019 le costó mucho pero que en la actualidad había logrado adaptarse. Gran amante de la lectura, admitía poder estar horas leyendo. Su pensamiento era coherente; así, sostenía que si le había costado integrarse, un nuevo cambio a Brasil supondría reproducir esta situación con el inconveniente, además, de tener que incorporarse a un sistema educativo distinto. Conrado hablaba con respeto y cariño de su madre y refirió que había hablado con ella recientemente y ésta se había mostrado dispuesta a respetar su voluntad. Contó que al momento de llegar a España conocía el acuerdo de sus padres. Pero que, visto ahora, era un acuerdo que no beneficiaba en absoluto su situación. Explicó que tenía pocos amigos pero que los que tenía, eran amigos de verdad. Al hablar de su hermano Cornelio mostraba un vínculo fraternal profundo. Conrado dijo no querer regresar a Brasil, manifestó claramente su voluntad de permanecer en España y desear que su madre pudiera venir a visitarlos.

No podemos ignorar la opinión de un menor maduro en el que no se percibe manipulación de ninguna clase por parte de sus progenitores y que ha expresado con convicción su voluntad.

La situación de Cornelio es un poco distinta pues, aunque ya tiene 13 años, presenta una gran ambivalencia emocional y un discurso más contaminado. Así al principio dijo claramente que estaba muy enfadado con su madre por la "denuncia" que había puesto pero al final de la audiencia manifestó que ya no estaba enfadado y que le gustaría mucho que viniera a verles. Hablaba con alegría de sus amigos, de cómo acudía a la biblioteca municipal a hacer los deberes con ellos, y de cómo le gustaba sus animales. No recordaba su vida en Brasil y le costaba hablar en portugués.

Si solo tuviéramos que valorar la situación de Cornelio podríamos compartir la decisión de la instancia, pero Cornelio se halla también muy vinculado a su hermano del que nunca se ha separado por lo que no podemos estimar que beneficie a su interés tomar una decisión que comporte esta fractura.

La cuestión por tanto es determinar el interés superior de estos dos menores en la aplicación del Convenio de la Haya de 1980.

Sobre la prevalencia del interés del menor debe indicarse que el principio de interés superior del menor o "*favor filii*" informa todo el ordenamiento, 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, 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. 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.

Conrado y Cornelio llevan 4 años en España, se han integrado plenamente en su entorno social y familiar, han manifestado su voluntad de no querer regresar a Brasil y esta opinión es especialmente relevante en Conrado que tiene ya 15 años y se ha expresado libremente sin interferencias ajenas. Cornelio tiene 13 años, y aunque está todavía desarrollando su madurez, mantiene una importante vinculación con su hermano por lo que no es conveniente a su interés tomar una medida que suponga la separación de los hermanos.

Por ello debemos estimar el recurso, revocar la resolución de instancia y estimar que no procede la restitución por la aplicación de la excepción prevista en el artº 13.3 respecto de Conrado y la integración en el entorno del artº 12.2 respecto de Cornelio .

QUINTO- La estimación del recurso comporta la no imposición de ls costas procesales ( artº 398 Lec)

*Vistos los artículos citados y demás de general y petinente aplicación*

## FALLAMOS

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sr. Anibal contra la sentencia de 27 de mayo de 2022 recaída en el procedimiento de restitución de menores seguido bajo el número 274/22-2 M del Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona siendo parte apelada la Abogacía del Estado en función de autoridad central y en representación de los intereses de la Sra. Brigida habiendo comparecido igualmente el MF, y en su virtud REVOCAMOS la anterior resolución y acordamos la no restitución de los menores Conrado y Cornelio en aplicación de los artículos 12.2 y 13.3 del Convenio de la Haya de 1980. No procede realizar expresa imposición de las costas procesales.

**Modo de impugnación:** recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477 LEC ante el Tribunal Supremo siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El recurso se interpone mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y



Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de [sejudicial.gencat.cat](http://sejudicial.gencat.cat)

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.