



Roj: **SAP PO 2103/2024 - ECLI:ES:APPO:2024:2103**

Id Cendoj: **36038370012024100418**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **16/09/2024**

Nº de Recurso: **659/2024**

Nº de Resolución: **413/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00413/2024**

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

**Teléfono:**986805108 **Fax:**986803962

**Correo electrónico:**seccion1.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: MA

**N.I.G.**36038 42 1 2024 0004434

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000659 /2024**

**Juzgado de procedencia:**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de PONTEVEDRA

**Procedimiento de origen:**X57 RESTITUC/RETORNO MENORES.SUSTRACCION INTERNAC 0000818 /2024

Recurrente: Elisa

Procurador: MARIA SANJUAN CARRIL

Abogado: ANA MARIA REGUERA FREIRE

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Benjamín

Procurador: , ISABEL SANJUAN FERNANDEZ

Abogado: , RODRIGO ALVAREZ ALONSO

Ilmos. Magistrados

D. Francisco Javier Menéndez Estébanez

D. Manuel Almenar Belenguer

D. Jacinto José Pérez Benítez

**LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, CONSTITUIDA POR LOS  
MAGISTRADOS ANTERIORMENTE EXPRESADOS,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**



## SENTENCIA Nº413/2024

En Pontevedra, a dieciséis de septiembre de dos mil veinticuatro.

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 659/2024, dimanante del recurso interpuesto contra la sentencia dictada en el procedimiento sobre medidas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción **internacional**, incoado con el núm. 818/2024 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra, siendo apelante la demandada Elisa, representada por la procuradora Sra. Sanjuan Carril y asistida por la letrada Sra. Reguera Freire, y apelados el demandante **D. Benjamín**, representado por la procuradora Sra. Sanjuan Fernández y asistido por el letrado Sr. Álvarez Alonso, con intervención del **MINISTERIO FISCAL**. Es Ponente el magistrado D. Manuel Almenar Belenguer.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-En fecha 16 de agosto de 2024 se pronunció por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra, en el procedimiento sobre medidas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción **internacional** del que deriva el presente recurso, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

*"ESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Benjamín contra Dña. Elisa, y en consecuencia, procede DECLARAR que el traslado y retención, llevados a cabo en España por Dña. Elisa, del menor Cosme, es ILÍCITO, por lo que procede la restitución del menor, que deberá hacer la madre al padre una vez adquiera firmeza la presente, el día que de común acuerdo establezcan, y, en defecto de acuerdo, se fija el lunes inmediatamente siguiente al que adquiera firmeza, a las 11 de la mañana en la sede de este Juzgado, con apercibimiento de que, en caso de no cumplirse voluntariamente, se recabará ayuda del Grupo de Menores de la Policía Autonómica y la intervención del Servicio de Menores de la Xunta de Galicia, procurando en todo caso especialmente causar al menor los menos perjuicios posibles.*

*Todo ello con expresa condena en costas a la demandada, incluidas aquellas en que hayan incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasionen la restitución o retorno del menor a Lisboa."*

**SEGUNDO.**-Notificada la resolución a las partes, por la representación de la demandada Dña. Elisa se interpuso directamente ante la Audiencia Provincial recurso de apelación mediante escrito presentado el 22 de agosto de 2024 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte resolución por la que, revocando la de instancia, acuerde que no procede la restitución del menor.

**TERCERO.**-El recurso de apelación interpuesto correspondió en turno de reparto a la Sección Primera, si bien, al tratarse de período inhábil, constituida por la Sala especial de Vacaciones, que acordó formar el correspondiente rollo, designar ponente al magistrado Sr. Sánchez Herrero, y dar traslado del recurso a la parte demandante y al Ministerio Fiscal que, en virtud de sendos escritos presentados el 28 de agosto de 2024, se opusieron al mismo y solicitaron su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada, y además, el primero, con expresa imposición a la recurrente de las costas generadas en esta alzada.

**CUARTO.**-Por auto de fecha 29 de agosto de 2024 se inadmitió la prueba documental, testifical y pericial propuesta por la parte demandante, hoy recurrente, ante la falta de relevancia de los extremos que se pretenden acreditar. Finalizado el período de inhabilidad y cesada la Sala especial de Vacaciones, el 2 de septiembre de 2024, se designó nuevo ponente al magistrado Sr. Almenar Belenguer, que expresa el parecer de la Sala.

**QUINTO.**-En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales exigidas.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión.**

1.- Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia por la que, estimando la demanda de restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción **internacional**, formulada por D. Benjamín, frente a su ex pareja Dña. Elisa, en relación con el hijo menor de ambos, Cosme, se declaró que el traslado y retención del citado menor por parte de su madre es ilícito, y, en consecuencia, procede la restitución del mismo, que deberá hacer la madre al padre en los términos que se indican, una vez firme la resolución, con apercibimiento de recabar el auxilio del Grupo de Menores de la Policía Autonómica y la intervención del Servicio de Menores de la Xunta de Galicia, en caso de no cumplirse voluntariamente.

2.- Recordemos que el demandante D. Benjamín fundamentaba su pretensión, en síntesis, en que: (i) el actor es padre del menor Cosme, nacido el NUM000 /2020; (ii) las relaciones paternofiliales se encuentran reguladas

por resolución de 07/04/2021 del Tribunal de Distrito de Lisboa Tribunal de Familia y Menores de Lisboa -Juez 5- Caso 20150/20.6T8LSB, modificada por resolución de 16/10/2022, que atribuyen la guarda y custodia a la madre y fijan un régimen de visitas para el padre; (iii) desde septiembre de 2022, la demandada ha fijado su domicilio, junto al menor, sin conocimiento y acuerdo del demandante ni autorización judicial, y por tanto de forma ilegal, en diversos países **extranjeros**, lo que ha motivado una orden de detención por un presunto delito de sustracción de menores en la República de Portugal; (iv) tras su paso por Dubai, actualmente se ha constatado que el menor, retenido ilícitamente por su progenitora, reside en la ciudad de Pontevedra; y (v) a lo largo de todo este tiempo, el demandante se ha visto privado de ejercer el derecho de visitas fijado judicialmente.

3.- La demandada Dña. Elisa , tras reconocer tanto la paternidad del demandante como las resoluciones dictadas por el Tribunal portugués en materia parental y el hecho de su marcha del país en compañía del menor sin consentimiento del padre, argumenta que ello obedeció a los continuos malos tratos de que era objeto, que motivaron que ya cuando se encontraba embarazada tuviera que abandonar a su entonces pareja, refugiándose en distintos domicilios por el miedo que tenía al ahora demandante, que no cesó en sus amenazas ni en su actitud violenta durante las medidas provisionales, con el único interés de que volviera con él, ante lo cual decidió *"acabar con dicha situación yéndose de Portugal junto con su hijo, escapando de una situación de maltrato que había durado ya mucho tiempo y de una situación de control absoluto sobre su persona, amenazándola continuamente con quitarle a su hijo"*. Acto seguido, en cuanto al fondo, se opone a la demanda invocando, por un lado, al amparo 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, la existencia de un grave riesgo para el menor en caso de que se acordara su retorno, al devolverlo a un entorno que ya no es el suyo y en la que la madre ha sufrido una situación vejatoria y de malos tratos por parte del progenitor, y, por otro lado, conforme al art. 12 del Convenio, que el menor se encuentra plenamente arraigado en España, donde reside desde abril de 2023, hallándose matriculado desde octubre de ese año en el centro educativo DIRECCION000 , sito en Pontevedra.

4.- La sentencia de instancia, después de repasar la legislación aplicable, recoge los hechos no controvertidos y acreditados por la documental aportada, en atención a los cuales, partiendo de que (i) la residencia del menor, inmediatamente anterior al traslado, era Lisboa, y de que el traslado del mismo por su madre no fue consentido por el padre, cuando esa decisión exigía el consentimiento de ambos progenitores y en su defecto autorización judicial, que no concurren, y (ii) las actuaciones llevadas a cabo recientemente por la madre (tales como tratar de evitar el ingreso en centros hospitalarios públicos o no proporcionar la filiación correcta del menor) han estado encaminadas a evitar la localización del menor, considera procedente declarar la ilicitud de dicho traslado.

5.- Afirmada la ilicitud del traslado, la sentencia aborda las circunstancias alegadas como causas de oposición y que desestima al entender que, con respecto al grave riesgo previsto en el art. 13 b) del Convenio de la Haya -la situación grave de maltrato por parte del padre durante la estancia en Lisboa-, la prueba practicada no ha sido suficiente para demostrar los presuntos malos tratos y mucho menos la situación de riesgo para el menor, esto es, no sólo no se ha acreditado que ha existido situación de maltrato respecto de la demandada ni del menor, sino que no se ha practicado prueba alguna que permita cuestionar la capacidad del Sr. Benjamín para preservar cuidados y cubrir las necesidades básicas del menor.

6.- Y, con relación al arraigo, al que se refiere el art. 12 del Convenio, si bien la prueba practicada acredita que el menor y su madre se encuentran en España desde el mes de abril de 2023, no es suficiente para concluir que el menor se encuentre arraigado en España. Su edad (4 años), el simple transcurso de 9 meses desde la matriculación en la ludoteca (octubre de 2023) y la existencia de al menos tres domicilios diferentes en DIRECCION001 , DIRECCION002 y DIRECCION003 , no permiten hablar de un arraigo familiar y cultural suficiente, máxime cuando fue desarraigado de su propio país y entorno familiar, social y escolar, sin que en ese momento se hubiera mostrado preocupación por ello, debiendo tenerse presente que la familia paterna y materna, siguen residiendo en Portugal.

7.- Con estas premisas, al no acreditarse la existencia de riesgo alguno en su retorno, ni suficiente arraigo a nivel personal, educativo, familiar y social en España, que justifiquen el denegar la restitución solicitada por los cauces establecidos en el Convenio de la Haya, a fin de respetar su finalidad, que es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes, ya que si el mero transcurso de tiempo y la adaptación de los menores al entorno escolar fuera suficiente, la aplicación de dicho Convenio se convertiría en una mera declaración de intenciones, la sentencia confirma la ilicitud de la retención en España y ordena la inmediata restitución del menor a Portugal,



8.- Disconforme con esta resolución, la parte demandada Dña. Elisa interpone recurso de apelación, que articula en torno a un único motivo, esto es, error en la apreciación de la prueba, puesto que, a su juicio, la documental y testifical practicadas demostrarían la concurrencia de los elementos fácticos previstos en los arts. 12 y 13 del Convenio de la Haya para denegar la restitución o retorno del menor pretendidos por el progenitor no custodio.

#### **SEGUNDO.- Resumen de antecedentes fácticos y calificación del traslado y retención en España.**

9.- Aun a riesgo de incurrir en repeticiones respecto de la relación contenida en la sentencia impugnada, son antecedentes fácticos de interés para la comprensión de la cuestión controvertida los siguientes:

1º Dña. Elisa y D. Benjamín mantuvieron una relación sentimental, fruto de la cual tuvieron un hijo en común, Cosme, nacido el NUM000 /2020 en Belém, Lisboa (cfr. el certificado de nacimiento -doc. 1 de la demanda-).

2º Desde su nacimiento y hasta el traslado al que luego se hará referencia, el menor residió con su madre en DIRECCION004, Belém, Lisboa (hecho admitido por las partes).

3º La convivencia cesó hacia el mes de mayo de 2020 y, cuando le menor contaba con poco más de un año, mediante resolución dictada en fecha 07/04/2021, por el Tribunal de Distrito de Lisboa Tribunal de Familia y Menores de Lisboa -Juez 5-, en el procedimiento 20150/20.6T8LSB, se estableció como régimen provisional, en materia de responsabilidades parentales, la atribución de la guarda y custodia del menor a la madre, un régimen de visitas para el padre de 4 horas sábados o domingos y al menos 1 hora martes y jueves, y la contribución del padre en 300 €/mes para el menor; por resolución de 07/09/2021 se mantuvo dicho régimen provisional hasta que se adjuntaran los informes de evaluación psicológica de los padres, y, evacuado el trámite, por resolución de 16/09/2022 se amplió el régimen de visitas a fines de semana alternos, de viernes a domingo, con pernocta (cfr. las resoluciones del órgano judicial portugués -doc. 2 de la demanda y páginas 65 y ss. del atestado-).

4º Esta última resolución no llegó a cumplirse porque, en el mes de septiembre de 2022, sin conocimiento ni consentimiento del padre ni autorización judicial, Dña. Elisa se trasladó con su hijo menor a Dubái (EAU), donde permaneció unas semanas; más tarde, entre octubre y diciembre de 2022 en Bali (Indonesia), luego volvió a Portugal, y, finalmente, hacia el mes de abril de 2023, se trasladó con el menor a España, donde fijó su domicilio en diversos lugares de esta provincia, primero en DIRECCION005 (mayo-agosto de 2023), después en DIRECCION001 (septiembre-octubre de 2023), nuevamente en DIRECCION005 (noviembre-diciembre de 2023), DIRECCION002 (enero-junio de 2024), y, desde el mes de junio de 2024, en la DIRECCION003 de Pontevedra, escolarizando al menor en una guardería de esta Ciudad en octubre de 2023 (extremos reconocidos por la demandada en el juicio -m. 36:39 y ss. y 52:40 y ss. y 54:44 y ss.- y adverbados por la comunicación del arrendador y los **contratos** de alquiler de DIRECCION001 y Pontevedra -doc. 1 de la oposición, atestado policial, pág. 40 a 59, y certificación aportada en la vista, pág. 157- y la testifical de Dña. Concepción -directora de la guardería DIRECCION000 -).

5º A raíz del incumplimiento y presumible traslado del menor, D. Benjamín interesó el cambio de custodia, que se descartó por resolución de 29/11/2022, que acordó no alterar el régimen provisional establecido, "esclarecendo apenas, em sede destes autos e para que sirva de referencia, em termos de retorno da criança, que a residência da mesma foi estabelecida com a Progenitora, enquanto esta residisse em Portugal, não estando autorizada a saída do menor do País, embora a progenitora o tenha requerido"(cfr. la resolución de 29/11/2022 -pág. 85 a 87 del atestado-). Por su parte, Dña. Elisa efectuó diversas peticiones de autorización para salir del país que fueron denegadas -según reconoció en la vista, m. 37:35 y ss.-).

6º Posteriormente, el demandante formuló denuncia por incumplimiento del régimen de responsabilidad parental, que motivó que se dictara por el Juzgado 5 del Tribunal de Familia y Menores de Lisboa, en el proceso 20150/20.6T8LSB, por sustracción de menores, una orden de localización y detención de Dña. Elisa, válida solamente en territorio portugués. Asimismo, por tal motivo, consta un Señalamiento Schengen por una Averiguación de Domicilio y Paradero respecto de la progenitora y el menor, con fecha de inicio el 27/10/2023 y fecha de fin el 26/10/2026 (cfr. el atestado policial).

7º En el mes de julio de 2024, el menor y su madre fueron localizados en DIRECCION006, a consecuencia del ingreso de Cosme en el Hospital DIRECCION007, con el diagnóstico de DIRECCION008, y de las gestiones practicadas por el personal del centro hospitalario y la Policía para identificar al menor, dándose cuenta a las autoridades judiciales y policiales portuguesas (cfr. el informe médico -doc. 2 de la demanda- y el atestado policial-, en relación con la declaración prestada en la vista por los testigos Dña. Agueda y Dña. Encarna).

10.- En definitiva, el menor, que tenía su residencia habitual en DIRECCION009 (Lisboa, Portugal) y con relación al cual se habían dictado varias resoluciones sobre el régimen de responsabilidad parental, en las que se atribuía a la madre la custodia y se establecía un régimen de visitas y estancias con el padre, en la medida que aquella residiese en Portugal, fue trasladado por su progenitora, sin consentimiento del padre ni autorización

judicial, a diversos países, privando a Cosme de cualquier relación o contacto con su padre desde el mes de septiembre de 2022 hasta su localización en DIRECCION006, a finales del mes de julio de 2024, es decir, durante treinta y cinco de los cuarenta y nueve meses de vida del menor.

11.- Como se recoge en el art. 1 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción **internacional** de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 y ratificado por España el 28 de mayo de 1987, el objetivo que persigue es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita, por cualquier Estado contratante; calificativo que se da cuando, como expresa el art. 3, esa situación se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, conjunta o separadamente, a una persona con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado o retención, en cuyo caso la autoridad competente ordenará su restitución inmediata. En todas las hipótesis nos encontramos ante el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia, siendo intrascendente la naturaleza del título jurídico sobre el que descansaba el ejercicio del derecho de custodia.

12.- La sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, de 1 de febrero, con cita la de la Exposición de Motivos y del art. 1 del Convenio, se hace eco de este objetivo:

*"[...] conforme a la exposición de motivos, el Convenio obedece al deseo "de proteger al menor, en el plano **internacional**, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita". En consonancia con ello, el art. 1 establece que: "La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante. b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes".*

13.- Y acto seguido, la mencionada sentencia puntualiza que la finalidad del procedimiento es la restitución del menor trasladado ilegalmente, sin prejuzgar los derechos de custodia sobre el menor:

*"Este Tribunal ha tenido ocasión de recordar la finalidad del Convenio y que, en aras de esta finalidad, el ordenamiento español "arbitra un procedimiento cuya duración no debería exceder de seis semanas (art. 11), que pretende, simplemente, la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse (art. 19). De ello se sigue que nos hallamos ante un proceso de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional, ya que la resolución que se dicte no prejuzga los derechos de custodia sobre el menor, que deberán dilucidarse en otro proceso y por el Tribunal que resulte competente en cada caso" ( STC 120/2002, de 20 de mayo , FJ 4)."*

14.- El presupuesto de aplicación del Convenio radica, por tanto, en un traslado o retención ilícitos, concepto sobre el que articula la puesta en marcha de los mecanismos convencionales. Ahora bien, al señalar los requisitos que debe cumplir una situación para que su alteración unilateral pueda ser calificada de ilícita, el art. 3 del Convenio exige un doble elemento: de un lado, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de residencia habitual del menor, y de otro, el ejercicio efectivo de dicha custodia antes del traslado o retención. Conforme al referido art. 3:

*"El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:*

*a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que 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.*

*El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado."*

15.- Y el art. 5 del mismo Convenio relaciona el derecho de custodia con el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor, al señalar que, a los efectos de esta norma, "[e] «derecho de custodia» comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia."

16.- Se trata, pues, de valorar si se ha producido un traslado o retención ilícito de Portugal a España, a través de Dubai, Bali y otra vez Portugal, porque se ha violentado un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.



17.- En esta línea, el Considerando 18 del Reglamento 2019/1111 del Consejo, de 24 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción **internacional** de menores, aclara que *"se debe considerar que una persona tiene «derechos de custodia» cuando, con arreglo a una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en virtud del Derecho del Estado miembro donde reside habitualmente el menor, un titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia del menor sin el consentimiento de dicha persona, con independencia de los términos utilizados en la legislación nacional. En algunos sistemas jurídicos que mantienen los términos de «custodia» y «visita», el progenitor que no tiene la custodia puede conservar de hecho importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del mero derecho de visita."*

18.- Obsérvese que el art. 1901 del Código Civil portugués proclama que, constante matrimonio, el ejercicio de las responsabilidades parentales pertenece a ambos padres, que las ejercerán de común acuerdo (apartado 1), y, a falta del mismo en cuestiones de particular importancia, cualquiera de ellos podrá acudir al tribunal, que intentará la conciliación (apartado 2). Y para el caso de divorcio, separación de personas y bienes, declaración de nulidad o anulación del matrimonio, separación de facto o cese de la convivencia entre los corresponsables parentales, se remite al art. 1906, que reitera en su apartado 1 que *"[a]s responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível"*.

19.- En realidad, con distintos términos, la solución es la misma que en el Derecho español, que distingue entre patria potestad y guarda y custodia, siendo la elección del lugar de residencia del menor una función o responsabilidad propia de la patria potestad, con independencia de que por resolución judicial sea solo uno de los progenitores el que tenga atribuida la guarda y custodia. Entre otras, la STS 277/2016, de 25 de abril, mantiene que *"el ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos... en la fijación y posteriores traslados de domicilio fuera de la provincia o al **extranjero** (salvo viajes vacacionales) siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas o relaciones vigente y/o apartarlos de su entorno habitual; y en la autorización para la salida del territorio nacional. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial correspondiente"*.

20.- Dado que el cambio de residencia habitual del menor debe calificarse como una cuestión de singular importancia para el menor, sobre todo cuando entraña el traslado a otro país, era necesario el consentimiento de ambos progenitores y, en su defecto, autorización judicial. Al no concurrir ni uno ni otro requisitos, ha de concluirse que el traslado del menor Cosme constituye una infracción del régimen de responsabilidades parentales y, por ende, del derecho de custodia, como por otra parte han entendido las autoridades portuguesas al ordenar la localización y detención de Dña. Elisa y el retorno del menor (cfr. las resoluciones incorporadas en el atestado policial y, en concreto, la de 29/11/2022, antes parcialmente transcrita).

21.- Ciertamente, la comprobación de que el menor haya sido víctima de un traslado o retención ilícitos no comporta de modo automático la decisión de su restitución o retorno, toda vez que el mismo Convenio de la Haya contempla en los arts. 12 y 13 diversos supuestos que, en caso de acreditarse, justificarían la denegación de la petición de restitución o retorno. Excepciones que, lógicamente, han de interpretarse siempre y en todo caso bajo la perspectiva del superior interés del menor.

### **TERCERO.- El principio del interés superior del menor.**

22.- Es verdad que la parte dispositiva del Convenio de la Haya no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Al revés, ya en el Preámbulo, los Estados firmantes declaran estar *"profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia"*; justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, *"deseosos de proteger al menor, en el plano **internacional**, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos"*.

23.- Como resalta el Informe Pérez Vera, esos dos párrafos del preámbulo reflejan la filosofía del Convenio al respecto, una filosofía que se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones **internacionales** de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En



este sentido, conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que "los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios".

24.- El citado Informe se hace eco a su vez del Informe Dyer, que recuerda que en la literatura científica dedicada al estudio de este problema, "la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor, que es quien sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma **extranjero**, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida".

25.- Al interés del menor, como principio esencial a seguir como elemento interpretativo y objetivo a cuya materialización se orienta la norma, se refiere el Considerando 12 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y, de manera más extensa, en el Considerando 19 del Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, que afirma que "[c]ualquier referencia al interés superior del menor debe interpretarse a la luz del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, tal y como son aplicadas por las legislaciones y procedimientos nacionales."

26.- El art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al que se remite el citado Considerando 19, declara:

"1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses."

27.- Este principio del interés superior del menor se recoge asimismo en el art. 6 de la Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la ONU en 1959, y en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. La Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62º período de sesiones (14/01/2013 a 01/02/2013), subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

"a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos."

28.- Ya en el ámbito interno, el principio del interés superior de los hijos está consagrado en el art. 39 de la Constitución y se reitera, entre otros, en los arts. 2.1 y 11.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, los arts. 92, 103, 154, 158, 161, 172 y 176 del Código Civil.



29.- La STS 582/2014, de 27 de octubre, con cita de la anterior sentencia de 31 de julio de 2009, se hizo eco de esta línea normativa y declaró:

"En toda la normativa **internacional**, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

(...) Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor ( STS de 31 de julio de 2009 ).

Se aprecia, pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquél con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la sentencia del Pleno de la Sala de 31 de julio de 2009 ."

30.- Más recientemente, la STS 129/2024, de 5 de febrero, resume la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la configuración jurídica del superior interés del menor:

"El interés superior del menor se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las relaciones parentales y tuitivas que recaen sobre los menores. Su campo propio de actuación opera de forma primordial en los procesos matrimoniales, pero no sólo en ellos. No es un concepto jurídico estático, sino dinámico, que no permanece petrificado, sino que evoluciona continuamente condicionado por los valores imperantes en la sociedad. Constituye un concepto general y abstracto a concretar en cada supuesto sometido a consideración judicial según los específicos factores concurrentes.

La jurisprudencia lo ha concebido como:

(i) Un principio axiológico preferente en la solución de las controversias judicializadas sobre las medidas relativas a los menores

El interés del menor se ha considerado incluso como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales ( SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7 ; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3 : y 81/2021, de 19 de abril , FJ 2), toda vez que ha de prevalecer en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, "[t]oda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor" ( STC 64/2019, de 9 de mayo , FJ 4).

(ii) Como un concepto jurídico indeterminado

El interés del menor constituye uno de esos conceptos legales que no son susceptibles de ser predeterminados y de encerrarse en una fórmula normativa, que abarque todo el haz de manifestaciones que comprende. Es poliédrico, y como tal de necesaria ponderación en atención a las particularidades de cada caso,

En este sentido, la jurisprudencia le atribuye el calificativo de concepto jurídico indeterminado, constitutivo de una cláusula general que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial ( STS 835/2013, de 6 de febrero ).

Las SSTS 76/2015, de 17 de febrero ; 416/2015, de 20 de julio ; 170/2016, de 17 de marzo ; 93/2018, de 20 de febrero y 705/2021, de 19 de octubre , en un esfuerzo delimitador de su significación jurídica, señalan que:

"[s]e configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales". [...]

(iii) Se integra dentro del marco del orden público

En una antigua sentencia de 5 de abril de 1966 se definía el orden público como "[e]l conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, sociales e incluso morales, que constituyen el fundamento de un ordenamiento jurídico en un momento concreto", y que hoy encuentran su manifestación más evidente en el propio texto constitucional.



Dentro del mismo, se encuentra el "orden público familiar", basado en los principios constitucionales de igualdad entre los cónyuges ( arts. 14 y 32 CE ) y protección integral de los hijos ( art. 39 CE ), que determinan una esfera jurídica de indisponibilidad.

Pues bien, la jurisprudencia ha considerado que el interés y beneficio del menor conforma un principio de tal naturaleza, dado que, en el ordenamiento jurídico nacional e **internacional**, se configura como una regla imperativa que inspira todas las decisiones referentes a un menor de edad.

En este sentido, las SSTs 258/2011, de 25 de abril , 823/2012, de 31 de enero de 2013 , y 569/2016, de 28 de septiembre , afirman que "[l]a protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público" y, por su parte, la STC 141/2000, de 29 mayo , lo califica como "[e]statuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional". También, STC 614/2009, de 28 de septiembre .

La STS 251/2018, de 25 de abril , insiste en tal concepción, al señalar que:

"El interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental [...] Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses".

(iv) Opera como límite a la autonomía de los progenitores en los negocios jurídicos de familia con respecto a las medidas referentes a los hijos menores de edad ( art. 90 CC )

En este sentido, ha proclamado el Tribunal Constitucional en las SSTC 185/2012, FJ 8 y 77/2018, de 5 de julio , FJ 2 que: [...]

(v) Constituye un principio de aplicación preferente en casos de imposibilidad de su armonización con otros intereses convergentes como son los de los progenitores u otros familiares o allegados

En este sentido, el art. 2.4 de la LO 1/1996 , norma que:

"[e]n caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados".

De esta suerte, el criterio que ha de presidir la decisión que, en cada caso, corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas que concurren, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable ( SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5 ; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4 ; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2 ; 71/2004 , de 19 de abril, FJ 8 ; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7 ; 16/2016, de 1 de febrero , FJ 6). De igual forma, la STS 438/2021, de 22 de junio . Ahora bien, en el supuesto de imposibilidad de conciliación de intereses contrapuestos, se deberá atender al primordial del menor, lo que significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior.

(vi) Es un principio precisado de un estándar de motivación reforzada

[...]"

31.- Así pues, el debate se reconduce a dilucidar si, tomando como referencia el superior interés del menor, concurre alguna de las causas que, constatada la existencia de un traslado o retención ilícitas, justifican la denegación de la restitución o retorno, con arreglo a los arts. 12 y 13 del Convenio, y, más concretamente, el grave riesgo para el menor o el arraigo en el nuevo medio, que se invocan por la demandada.

#### **CUARTO.- La excepción de arraigo o integración en el nuevo entorno.**

32.- El Convenio de la Haya parte del presupuesto de que el interés del menor pasa, en principio, por su integración en el entorno familiar y mantenimiento del contacto y relaciones con sus progenitores, y presume que el traslado ilícito le perjudica, en cuanto implica sacar al menor de dicho entorno familiar y social y privarle de aquel contacto, por lo que se impone su restitución inmediata a la situación anterior a la sustracción o traslado ilícito. Pero esa presunción admite prueba en contrario. De ahí que el Convenio prevea excepciones al retorno del menor en sus arts. 12, 13 y 20, esto es, en los supuestos de ausencia de derechos de guarda y custodia, no ejercicio de la misma antes del traslado, integración del menor en el nuevo entorno o el rechazo al retorno por el menor. Estas excepciones deben aplicarse de forma restrictiva, si se quiere evitar en el Convenio



se convierta en papel mojado (cfr. el &107 de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nº 27853/09, 26 de noviembre de 2013).

33.- La parte demandada invoca el arraigo del menor en su nuevo medio como causa de oposición. Alega que, además de residir el menor en España durante casi un año y medio, y haber estado escolarizado en el curso 2023/2024, el menor ha demostrado un alto grado de integración y adaptación a su entorno, así como lazos afectivos tanto con sus compañeros de clase, como profesores, factores acreditados por la prueba practicada y que deben considerarse suficientes para concluir el arraigo, pese a que el menor haya desarrollado un solo curso escolar, ya que el arraigo no se mide únicamente por el tiempo de escolarización, sino también por la adaptación y la integración social, y en este caso, el menor se ha adaptado e integrado en su entorno, por lo que concurre la excepción del art. 12 del Convenio, sin que los razonamientos de la sentencia acerca de la corta edad del menor, el escaso tiempo de escolarización, el entorno familiar y escolar en Portugal, o la existencia de tres domicilios diferentes en Pontevedra desvirtúen esta conclusión.

34.- Con relación a esta causa de denegación de la restitución, el art. 12 del Convenio establece en sus dos primeros párrafos:

*"Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 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 período 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."*

35.- La idea subyacente es que el autor del desplazamiento ilícito no se debe poder prevaler de este acto para modificar en su beneficio la competencia de las autoridades llamadas a tomar medidas de protección de la persona o igualmente de los bienes del niño. Pero, por otro lado, el desplazamiento ilícito, si perdura, es un hecho que no se puede ignorar, hasta el punto de privar a las autoridades del nuevo Estado, si es que se ha convertido en la nueva residencia habitual del niño, de esta competencia de protección.

36.- Como explica la STS 29/2017, de 18 de enero, la previsión contenida en el art. 12 del Convenio de la Haya de 1980, que permite valorar "la integración en el nuevo medio", cuando ha transcurrido más de un año desde la sustracción hasta el inicio del procedimiento, "[t]al previsión trata de hacer efectivo el superior interés del menor, argumentando que cualquiera que fuesen las causas y responsables en la demora de la restitución, no puede menoscabar el interés superior del menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio."

37.- La integración del menor constituye, pues, un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin del Convenio y de conformidad con sus previsiones, por lo que su valoración es esencial, cuando se trata del procedimiento de inmediata restitución.

38.- En el supuesto litigioso, no se discute en esta alzada que el menor se halla en España desde el mes de abril de 2023 (aun cuando el actor apunta en primera instancia al mes de octubre de 2023, lo cierto es que la manifestación de la directora de la guardería de que el menor acudió al centro algún día suelto en mayo de 2023 descarta cualquier duda sobre este extremo), por lo que, presentada la demanda en el mes de julio de 2024, habría transcurrido más de un año y es de aplicación el párrafo 2º, que condiciona la restitución a que no se demuestre que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

39.- El precepto no resuelve de forma clara cómo determinar la integración de una niña o niño a su nuevo ambiente, es decir, si la integración implica el mero ajuste físico al entorno o si es necesario un elemento emocional adicional relacionado con el grado de estabilidad en la que se encuentra la persona menor de edad y su relación familiar, social, escolar... No obstante, entendemos con la doctrina mayoritaria que el empleo del término "integración" (que significa "incorporación, fusión, agregación, unificación, reunión, mezcla, combinación, adaptación, socialización, adhesión") o "integrar" ("constituir un todo, completar un todo con las partes que faltaban, hacer que alguien o algo pase a formar parte de un todo..."), va más allá del simple aterrizaje, aclimatación o acomodo, y exige probar que a lo largo del tiempo no solo se ha vivido en un lugar, sino que el desenvolvimiento de esa vivencia se ha traducido en vínculos afectivos, sociales, en la asistencia y participación activa y habitual en actividades escolares, extraescolares o de ocio con compañeros, profesores, amigos o vecinos, planes conjuntos, en la presencia en actos festivos, lúdicos o culturales, y, sobre todo, en el caso de menores de corta edad, cuyo mundo relacional se centra esencialmente en las personas bajo que le rodean, la integración con los progenitores o sus parejas, la familia paterna y/o materna, y el ambiente escolar y de juego.



40.- En el supuesto litigioso, los únicos elementos de que se dispone para acreditar esta implicación en el entorno son el hecho de haber residido durante quince meses en distintos lugares de la provincia, próximos entre sí ( DIRECCION005 , DIRECCION001 , DIRECCION005 , DIRECCION002 y Pontevedra), la escolarización o matrícula del menor en la DIRECCION000 desde octubre de 2023 y el testimonio de Dña. Concepción , directora del centro educativo.

41.- El hecho de la residencia en los mencionados lugares nada aporta porque, con independencia de que, aunque evidencian una cierta inestabilidad habitacional, lo que dificulta el contacto y las relaciones sociales, los primeros radican en la misma zona, lo cierto es que no se acredita que esa residencia haya ido acompañada o seguida de interacciones con otras personas y con el medio en una secuencia de relaciones, que fomenta la percepción, la motivación, el aprendizaje y la adaptación por la puesta en común de experiencias, conocimientos, reglas y creencias. No se ha propuesto la testifical de vecinos, conocidos o amigos, o documentos que demuestren una mínima interrelación social tanto de la madre como del menor con el entorno.

42.- Es verdad que Cosme estuvo escolarizado nueve meses en el centro DIRECCION000 . Como también que la testigo Sra. Concepción , tras explicar que la demandada se acercó al centro a finales del curso 2022/2023, en mayo o junio, para conocer la metodología y ver cómo se adaptaba Cosme , declaró que el niño *"vino algún día suelto, le gustó mucho, se adaptó muy bien y después se matriculó para el curso siguiente, empezamos en octubre...; el niño va todos los días, de lunes a viernes, en horario flexible, suele acudir por la tarde...; el niño habla portugués, español y a veces un poco inglés; está yendo a clases de inglés con un profesor nativo porque por las tardes tenemos dos talleres; soy la profesora que está todos los días con él; no tiene dificultades en el lenguaje, mezcla los tres idiomas porque su lenguaje nativo es el portugués y se está adaptando al castellano pero se expresa perfectamente, es un niño muy despierto; no observó ninguna anomalía en su desarrollo...; no presenta problemas de socialización, es un niño abierto; se celebró su cumpleaños y fueron todos sus amiguitos de DIRECCION000 ...; tiene un comportamiento normal..., se integra perfectamente..."* (m. 01:56:50 y ss.).

43.- Sin embargo, ni la simple escolarización durante un curso ni la declaración de la profesora/directora se consideran suficientes para demostrar el arraigo en el entorno al circunscribirse a una faceta muy concreta, limitada temporal y especialmente al ámbito escolar, y huérfana de otros datos, como pudieran ser actividades con otros niños fuera del centro educativo o en fines de semana, visitas a otras familias..., más aún si tenemos en cuenta que, durante todo el período de octubre de 2023 a junio de 2024, el menor residió en diferentes puntos del término de DIRECCION010 y el centro DIRECCION000 radica en la ciudad de Pontevedra.

44.- La demandada trata de refutar la argumentación de la sentencia recurrida alegando que (i) Cosme ha pasado el mismo tiempo de vida en Portugal que fuera de Portugal, siendo la corta edad con la que cuenta el menor y el escaso tiempo que estuvo residiendo en Portugal (durante sus dos primeros años de vida en que nada puede recordar), donde no se llegó a integrar a nivel familiar, social ni educativo, lo que, contra lo que se afirma en la sentencia de instancia, dotaría de mayor relevancia al período que lleva en España y su escolarización en el centro educativo; (ii) en cuanto al afirmado "entorno familiar" y "escolar" en Portugal, el primero estaba centrado en su madre, no así con su padre ni con la familia de este, a quien el Tribunal portugués inicialmente le fijó como derecho de visitas unas horas, que ni siquiera cumplió en su totalidad, incurriendo en impagos y retrasos en la pensión, y el segundo no existe porque el menor no llegó a estar escolarizado en Portugal; (iii) respecto a que *"la familia paterna y materna residen en Portugal"*, no es cierto en lo que concierne a la familia materna, por cuanto sus hermanos (únicos parientes) residen en Estados Unidos; y (iv) con relación al aserto de que *"ha tenido 3 domicilios diferentes, en la DIRECCION011 , DIRECCION002 y Pontevedra, y que ello no supone un arraigo familiar y cultural suficiente"*, las tres localidades están en la provincia de Pontevedra, a escasos kilómetros una de otra, el arraigo familiar ha sido idéntico en las tres, pues ha vivido en todas ellas con su madre, y el arraigo cultural es idéntico pues la misma cultura se puede predicar de ambos municipios, Sango y Pontevedra.

45.- De entrada, es preciso resaltar que estamos hablando de una excepción que debe interpretarse restrictivamente: el art. 12 del Convenio excepciona la restitución o retorno si, pese al traslado ilícito, se demuestra que el menor está integrado en el nuevo entorno. Por tanto, es indiferente a los efectos de interpretación de esta causa de oposición el mayor o menor arraigo que el menor pudiera tener en lo que constituía su residencia habitual. Lo realmente importante es que se demuestre que está integrado en el espacio al que ha sido trasladado ilícitamente.

46.- Y esto es lo que no consta probado, puesto que la prueba practicada no tiene la consistencia suatoria suficiente para formar la convicción del Tribunal sobre la realidad, estabilidad y fortaleza del arraigo o integración del menor, de tal suerte que la ejecución del a orden de restitución o retorno a Portugal pueda ocasionarle un perjuicio grave en su desarrollo físico, emocional e intelectual desde cualesquiera perspectivas de la personalidad. El menor ha residido con su madre en distintos puntos y lleva escolarizado nueve meses;



se desconocen otros datos, más allá de la extrañeza que resulta de que, residiendo en DIRECCION005 , DIRECCION002 , DIRECCION010 o Pontevedra, lo llevase habitualmente al Hospital de DIRECCION012 en DIRECCION006 , en lugar de a un médico de la zona o al Hospital del DIRECCION013 ( DIRECCION014 ) o de DIRECCION015 (Pontevedra), mucho más próximos a su domicilio, o de que el niño presentase hábitos propios del lactante, como uso de pañal durante el día y chupete de forma constante con alteración de la mordida asociada (cfr. el informe médico suscrito por la Dra. Agueda ), lo que apunta precisamente en sentido contrario al supuesto arraigo.

47.- Como ya ha tenido ocasión de argumentar esta Sala en Auto de 30 mayo 2000 (rollo 91/2000), conviene recordar que el interés del menor que el Convenio trata de proteger en primer lugar es el de su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de ciertos derechos sobre su persona que han sido unilateralmente definidos y decididos. Hemos de aprender a ver al menor como primera víctima de estas situaciones de traslado o retención, pues él es quien padece en primer lugar la pérdida de un equilibrio al que tiene derecho, al quedar separado de uno de los progenitores, o de la institución que ostenta su custodia. Importa tener presente la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que señala que los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios.

#### **QUINTO.- La excepción consistente en el grave riesgo para el menor.**

48.- El art. 13 del Convenio de la Haya faculta a la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido para rechazar ("no está obligada") la restitución del menor si la persona "que se opone a su restitución demuestra que: [...] b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable."

49.- El precepto admite el grave riesgo para el menor como motivo de no restitución, distinguiendo tres tipos de riesgo, pero no desarrolla ni se especifica qué situaciones o acciones suponen un riesgo real para el menor, generando un margen de indeterminación que se agrava en los casos en que el riesgo alegado hacia el menor se refiere a un contexto de violencia de género, en que se trata de determinar si la violencia ejercida directamente sobre la madre implica un riesgo real para el menor, o, en otras palabras, si la violencia sobre la madre repercute negativamente en los menores objeto de sustracción aunque no hayan sido víctimas directas de la misma. Con carácter general, la Sala considera que la presencia o conocimiento por el menor de episodios de violencia o malos tratos de palabra o de obra sobre la madre, sí que tiene el potencial suficiente, en función de las circunstancias, para exponer al menor a un riesgo psíquico grave, si bien habrá de acreditarse caso por caso.

50.- Como se apunta en la Exposición de Motivos de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: "[...] es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma".

51.- En este sentido, la Guía de Buenas Prácticas sobre el art. 13 (1) b del Convenio de la Haya (2021) explica que el enfoque específico del análisis de grave riesgo en estas instancias es el efecto que la violencia doméstica produce en el niño tras su restitución a su Estado de residencia habitual, y si dicho efecto alcanza el alto umbral de la excepción de grave riesgo, según la naturaleza, frecuencia e intensidad de la violencia y también las circunstancias en que es probable que se manifieste (&58).

52.- De acuerdo con la citada Guía de Buenas Prácticas, como primer paso, el tribunal debe considerar si las alegaciones tienen tanto el carácter como el suficiente nivel de detalle y contundencia para poder constituir un grave riesgo, y, de responder afirmativamente, habrá de determinar la excepción de grave riesgo a la restitución del niño mediante el análisis y la evaluación de las pruebas presentadas por la persona que se opone a la restitución del niño y/o la información recabada, teniendo en cuenta también las pruebas y/o la información relativas a las medidas de protección disponibles en el Estado de residencia habitual. Esto significa que, aun cuando el tribunal determine que existen pruebas o información suficientes que demuestran que existen elementos de daño potencial o que harían que una situación fuera intolerable, debe, sin embargo, tener debidamente en cuenta las circunstancias como un todo, incluso si se encuentran disponibles o deberían implementarse medidas de protección adecuadas para proteger al niño de tal grave riesgo de daño o situación intolerable, al momento de evaluar si se ha demostrado la excepción de grave riesgo (cfr. &40 y 41).



53.- En el presente caso, la demandada argumenta la existencia de malos tratos verbales y físicos, "ya encontrándose embarazada, tuvo que abandonar a su entonces pareja dados los continuos malos tratos de que era objeto, amenazas, golpes, insultos, etcétera..., llegando incluso a amenazarla cuando estaba embarazada con "tirarle a su bebé". Elisa hubo de refugiarse en distintos domicilios y bajo el amparo de sus amigos, dado el miedo tan grande que le tenía al ahora demandante... Desde que se dictó la resolución por el Tribunal portugués fueron contadas ocasiones en las que el padre visitaba el menor; su único interés era conseguir que la madre volviera a su lado, no asumiendo de ninguna manera que la misma se hubiera ido del domicilio familiar".

54.- Aunque no se relata ningún incidente violento con relación al menor (con el que el padre mantuvo relación entre julio de 2020 y agosto de 2021), no hay duda de que vivir inmerso en un entorno de violencia de género distorsiona gravemente el normal desarrollo y formación del menor. Ahora bien, la detenida revisión de la prueba practicada en la instancia (interrogatorio de ambas partes, testifical de D. Benedicto, y documental consistente en whatsapp cruzados entre las partes, resolución de DIAP Regional de Lisboa Sección 2ª, violencia doméstica, y atestado instruido por la Policía Nacional), no permite considerar acreditada la situación de violencia de género que describe la demandada.

55.- En primer lugar, la detenida lectura de los mensajes de whatsapp enviados entre las partes entre los meses de octubre de 2018 y agosto de 2020, aunque algunos mensajes de los que no consta fecha, por su contenido, al hablar del traslado a Caldas da Rainha y las visitas de Cosme con su padre, tienen que ser posteriores, probablemente de 2021, revela una relación muy conflictiva, plagada de recriminaciones mutuas, en la que las dos partes se afean amenazas, insultos, gritos, comportamientos egocéntricos impropios de una relación afectiva, enfados infundados, manipulaciones, humillaciones..., que se remontan a dos años antes del nacimiento de Cosme y de las que parece desprenderse el interés por parte del demandante de continuar la relación, bajo su control, y la sensación de la demandada de falta de respeto en la relación, y consiguiente inseguridad, insatisfacción y pérdida de autoestima, creando un ciclo de comportamiento tóxico entre ambos (cfr. páginas 31 a 124 y 136 a 145 del bloque documental aportado en la vista). Pero dichos mensajes, además de poner de manifiesto la incompatibilidad de caracteres y ciertos rasgos más violentos, irascibles o rencorosos del actor -v.gr. el despido por parte de la empresa que dirigía y consiguiente privación de ingresos de la madre de su hijo-, ciertamente censurables, no son por sí solos y a falta de otros elementos insuficientes para concluir una situación de violencia de género grave.

56.- Para corroborar la actuación violenta del demandante y la condición de víctima de la demandada, se propuso la testifical de D. Benedicto. No obstante, al ser preguntado por si tenía conocimiento de malos tratos o hechos constitutivos de violencia sobre la demandada, el referido testigo manifestó que "no lo ha presenciado directamente, pero en el marco de la relación de amistad, como confidente, sí que se le ha contado ella; una vez que Elisa pasó el fin de semana en Caldas da Rainha, en casa de él, vio en el móvil de Elisa; no sé la causa por la que Elisa abandonó Portugal en compañía de su hijo, imagina que puede haber estado relacionado con algún tipo de temor en el marco de su relación" (m. 04:45 y ss. de la segunda parte de la vista). En otras palabras, nos encontramos ante un testigo que, salvo en relación con los mensajes, que ya obran en autos, es un testigo de referencia, que por otra parte tampoco concretó ni por aproximación los supuestos episodios de violencia.

57.- En cualquier caso, no puede obviarse que Dña. Elisa presentó varias denuncias por estos hechos que, según admitió en el acto de la vista, fueron archivadas por las autoridades portuguesas competentes ("no tengo la certeza, creo que están archivadas porque ahora mi abogada no tiene acceso..., creo que están archivadas; las he recurrido; creo que fueron archivadas; lo último que sé es que fueron archivadas"-m. 55:58 y ss.-). Así, el 11/06/2022 formuló una denuncia por incumplimientos del régimen de parentalidad y por episodios de violencia física y psíquica por parte del padre, tramitándose el Processo de Promoção e Proteção nº 320/22. PN 2022023067, en el que, por resolución de la Comissão de Protecção de Crianças e Jovens de Lisboa-Ocidental de fecha 27/04/2023, se archivó al no comparecer la denunciante después de varias citaciones (cfr. la resolución aportada en la vista -pág. 145 a 156 del bloque documental-). Y el 12/09/2022 formuló otra denuncia en similares términos -pág. 125 a 133 del bloque documental-. Ello implica que la conducta que se dice constitutiva de violencia de género y que, en última instancia, determinaría el grave riesgo para el menor que se aduce como causa de oposición, ya ha sido examinada y valorada por las autoridades policiales y judiciales portuguesas, que han decidido su archivo, por lo que su revisión por esta Sala, sin más datos que justificasen otra decisión, carece de cobertura jurídica.

58.- Lo expuesto no significa que tales hechos o comportamientos agresivos, verbales y/o físicos, no se hayan producido (de facto, consta que el 17/06/2021, Dña. Elisa acudió al departamento de Informação e Atendimento à Víctima DIAP Regional de Lisboa -2ª Seccção-, Violencia Doméstica, sin más datos). Mas al no acreditarse su efectiva comisión, su gravedad y apuntarse el archivo de las actuaciones penales abiertas por los Tribunales portugueses competentes, no cabe sino concluir que la prueba practicada es insuficiente para



considerar probado que la restitución o retorno entrañe un grave riesgo para menor que no pueda ser evitado por la adopción de las oportunas medidas de protección.

59.- No parece que la situación de conflictividad o los excesos verbales colocaran en situación de riesgo al menor durante el tiempo que el menor permaneció en Portugal o mientras se desarrollaban las visitas. Tampoco consta que ninguno de los episodios o incidentes que se relatan hayan influido negativamente en el cuidado del menor.

60.- La recurrente trae a colación, como ejemplo de la afirmada conducta violenta y amenazante del padre, el incidente sucedido con ocasión del alta hospitalaria del menor, en el que trató, por todos los medios según la demandada, de impedir que se llevara a su hijo del Hospital. Se afirma que *"nada, absolutamente nada, justifica nunca una conducta delictiva, como ocurrió en este caso con la conducta del padre, que impedía por todos los medios a la madre abandonar el hospital con su hijo en brazos, pudiendo realizarlo finalmente gracias a la intervención policial... La situación vivida fue lamentable. El menor agarrado a su madre en sus brazos llorando, la cual intentaba por todos los medios salir del hospital dado que no había ninguna razón que la retuviera allí..."*

61.- La Juzgadora a quo atribuye a este episodio la relevancia que se pretende al entender que *"como informó el Ministerio fiscal, debemos ponernos en la situación de un padre que lleva 2 años sin ver a su hijo, que en menos de 2 años ha residido en cuatro países diferentes y que intentaba por todos los medios que no volviera a ser trasladado de forma ilícita a otro país. Lo anterior no justifica ninguna conducta violenta, sin embargo, si así hubiera sido debería haberse denunciado de forma inmediata sus hechos, lo cual no se hizo; pero es que además se afirma que la demandada, su hijo y la letrada fueron escoltadas hasta el parking por la policía por lo que si los hechos previos hubieran sido de semejante entidad la policía hubiera actuado de oficio con la detención del investigado por presunto delito de violencia de género o bien maltrato familiar"*

62.- El estudio de la prueba practicada y, esencialmente, de la testifical de Dña. Agueda , jefe del servicio de pediatría del Hospital DIRECCION007 (m. 01:31:30 y ss.) y de Dña. Encarna , trabajadora social del mismo centro (m. 01:56:50 y ss.), y del contenido del atestado instruido por los agentes con carné profesional NUM001 y NUM002 (pág. 159 y ss. del bloque documental aportado en la vista), nos lleva a compartir el razonamiento de la sentencia de instancia.

63.- A la testigo Dra. Agueda , que intervino en la confección del informe de alta hospitalaria y en el cambio sobrevenido de la persona a la que se iba a entregar al niño (inicialmente al padre, siguiendo las indicaciones de la asesoría jurídica del Hospital y en atención al reparto de la custodia del menor acordada por el Tribunal portugués, para después, ante la insistencia de la madre en llevárselo y conforme la directriz de la Policía, a esta última), no se le formuló ninguna pregunta sobre el concreto incidente. En cuanto a la testigo Sra. Encarna , manifestó que no presenció lo sucedido porque en ese momento estaba en el despacho de la misma planta, si bien tampoco refirió que se produjera nada reseñable, como por ejemplo gritos, portazos, golpes..., que pudieran llamar la atención.

64.- Y en las diligencias policiales, los agentes no solo no refieren actos o comportamientos agresivos o denuncia de que los hubiera habido, sino que expresamente subrayan que su intervención se desarrolló "sin incidencias":

*"[...] en el día de la fecha y a la hora arriba indicada los comparecientes se encontraban realizando funciones propias de su cargo en vehículo policial rotulado y ataviados del uniforme reglamentario son requeridos por la Sala Operativa -CIMACC para que se dirijan al Hospital DIRECCION007 -al Ala F habitación 303 - zona de pediatría- donde según llamada de requirente "que hay un menor de edad que se le ha dado el alta en la Planta de pediatría, y hay problemas entre los padres del menor.*

*- Una vez personados en el lugar se entrevistan con la requirente: Dña. Esther -Doctora- Jefe de la Sección de pediatría..., la cual les manifiesta "que han dado el alta al menor (edad 4 años) llamado Cosme ..., y que los progenitores del menor están discutiendo entre ellos, por el tema de quien le corresponde la custodia del menor". Haciendo entrega a los actuantes del Informe del Alta del Menor.*

*- Que posteriormente los actuantes se entrevistan en primer lugar con la Abogada de la madre del menor..., la cual les manifiesta "que ante la ausencia de un convenio en España de custodia del menor, y ya que el menor está en brazos de su madre nada le impide abandonar el Hospital a su clienta con su hijo..."*

*- Que seguidamente se entrevistan con el Abogado del padre del menor..., el cual les manifiesta "que existe un convenio regulador de custodia del menor... en Portugal. Que he solicitado medidas cautelares en un Juzgado de Guardia de España, no habiendo medidas cautelares establecidas a día de hoy. Que asimismo indica que su cliente -padre del menor- lleva dos años sin poder ver a su hijo, y es el motivo por el que ha pedido medidas cautelares en el Juzgado de Guardia, debido a la posibilidad de fuga de la madre con el menor..."*



- Que el padre del menor... hace entrega a los actuantes de un Convenio Regulador de Portugal...
- Que en virtud de lo anteriormente narrado los actuantes les indican los pasos a seguir a las partes, y al no haber ningún ilícito penal ni constarle a las partes ninguna requisitoria en vigor ni ninguna medida cautelar de protección del menor, se opta porque la madre... se lleve al menor.

[Datos de filiación de las partes]

- Que los actuantes quieren hacer constar que la madre..., con el menor hijo... acompañada por su abogada y a su vez acompañados por la vigilante de seguridad del Hospital DIRECCION007 con número de TIP..., abandonando el Hospital sin incidencias".

65.- Cabe fundadamente pensar que si los agentes hubieran presenciado alguna agresión o episodio violento lo hubieran hecho constar en su informe, como también si se hubiera denunciado por la demandada o su Letrada su producción antes de que llegaran. Al no hacerse referencia alguna en el atestado, hemos de presumir que nada hubo al respecto, al menos con la significación que se pretende.

66.- Por otra parte, como se razona en la sentencia objeto de recurso, no es posible obviar la situación de extrema tensión que debió producirse, con una madre que quiere llevarse a su hijo consigo, una vez obtenida el alta hospitalaria, y un padre, que lleva dos años sin verlo debido al traslado ilícito llevado a cabo por aquélla y que se opone a que se lleve nuevamente al hijo menor común a un destino desconocido. Por supuesto, ello no justificaría acción violenta de ninguna clase, pero no es menos cierto que la demandada se limita a hablar genéricamente de que el padre "impedía por todos los medios abandonar el Hospital", pero sin mayor concreción, es decir, sin precisar si la agredió, la sujetó, la amenazó.... Adviértase además que ambas partes estaban asistidas en aquel momento por sus respectivos Abogados y que la negativa del padre venía apoyada por la interpretación de la asesoría jurídica del Hospital, que así lo había transmitido al servicio de pediatría y al personal laboral y de seguridad, en el sentido de que correspondía al padre la estancia con el menor conforme a la comunicación del Tribunal portugués, por lo que no puede calificarse como infundada. Cuando llega la Policía y resuelve que corresponde a la madre tomar la decisión, no hay oposición alguna y la madre y su Letrada abandonan el centro.

67.- En estas condiciones, debemos concluir que, siendo las excepciones a la restitución del menor de interpretación restrictiva, la prueba practicada no es suficiente para aseverar que nos encontramos ante una conducta constitutiva de violencia, ni, por tanto, que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable, como tampoco que, caso de probarse en un futuro, no se puedan adoptar en Portugal las medidas de protección necesarias para impedir su materialización.

68.- Al no apreciarse la concurrencia de los supuestos que, con arreglo a los arts. 12 y 13 del Convenio de la Haya, justifican por excepción la denegación de la restitución o retorno del menor, sin dejar de reconocer el esfuerzo argumentativo de la recurrente, el recurso de apelación no puede ser acogido.

#### **SEXTO.- Costas procesales.**

69.- La desestimación del recurso de apelación determina la imposición a la recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada ( art. 398 LEC).

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

#### **LA SALA ACUERDA:**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Sanjuan Carril, en nombre de Dña. Elisa , contra la Sentencia dictada en fecha 16 de agosto de 2024 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas de esta alzada.

*Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, haciéndoles saber que, de conformidad con el art. 778 quinquies 11º LEC , en relación con el art. 483.2.1º LEC , no es susceptible de recurso ordinario o extraordinario alguno ( AATS de 31/10/2018, recursos 3663/2018 , 2327/2018 y 3727/2018 ).*

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.



Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ