

ADMINISTRACION
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

NOTIFICADA AL PROCURADOR
11 JUL. 2005

AUTO

FCO. JAVIER FREXES CASTRILLO
LICENCIADO EN DERECHO
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
Avda. Reino de Valencia, 17, 3º, 6º
Tel.-Fax 963748669 • Móvil 656946795
46005 VALENCIA

En Valencia, a seis de julio de dos mil cinco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por el Procurador Sr. Cerrillo Ruesta se presentó escrito promoviendo expediente de jurisdicción voluntaria, en nombre de Don Peter William Innes para la restitución de la menor Victoria Solenne Innes, contra Doña María José Carrascosa Peñalver.

SEGUNDO.-Requerida la Sra. Carrascosa en los términos del artículo 1.904 de la ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, manifestó oponerse a la restitución.

TERCERO.-Citados los interesados y el Ministerio Fiscal a comparecencia, el día señalado expusieron cuando estimaron procedente y se admitió la prueba consistente en interrogatorio de las partes, documentos y dictamen pericial, que se practicó parcialmente dentro de los seis días siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Convenio de la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1.980, tiene como finalidad 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 (artículo 1). El traslado o retención son ilícitos cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia



GENERALITAT
VALENCIANA
VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO
PAPEL DE OFICIO



atribuido, por atribución de pleno derecho, por decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado, separada o conjuntamente, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; o 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 (artículo 3). A los efectos del convenio el 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 (artículo 4). Establece el artículo 12, como regla general, que cuando no haya transcurrido más de un año desde el traslado o retención ilícita hasta la fecha de iniciación del procedimiento judicial donde se halle el menor, se ordenará su restitución inmediata. En el supuesto de autos, el traslado a España, sin entrar en este momento a valorar su licitud, se efectuó en enero de 2.005 (interrogatorio de la Sra. Carrascosa), por lo que no habría expirado el plazo de un año. Como excepción, no existe obligación de ordenar la restitución del menor si quien se opone a la restitución demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier manera ponga al menor en una situación intolerable; o si se comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta tener en cuenta sus opiniones (artículo 13 b).

SEGUNDO.-Como establece la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 2.002, la decisión que debe adoptarse en el marco del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, exige del órgano judicial dos pronunciamientos: uno, de carácter declarativo, por el que debe manifestarse sobre la licitud o ilicitud del traslado del menor a España desde el país de origen, y otro, de condena, por el cual, una vez declarado que el traslado del menor fue ilícito, en los términos del artículo 3 del citado Convenio, debe ordenarse la restitución del menor al país de origen, siempre que no concurran alguno de los



supuestos que excluyen esta obligación de restitución y que se regulan en el artículo 13 del Convenio.

TERCERO.-La primera cuestión a dilucidar es la relativa a cual era la residencia habitual de la menor inmediatamente antes del traslado a España en enero de 2.005. En cuanto a la residencia habitual de los litigantes, se desvirtúa la afirmación de la Sra. Carrascosa de que nunca ha residido en Estados Unidos con la certificación de inscripción del matrimonio donde consta como domicilio de los contrayentes sendos domicilios en ese país, y cuando la menor nació en New Jersey y durante todo el embarazo la progenitora permaneció en dicho país (documento cuatro de la solicitud e interrogatorio de la Sra. Carrascosa). En cuanto al periodo anterior al traslado, la ruptura de la convivencia se produjo en New Jersey (documento cinco de la solicitud e interrogatorio de la demandada), donde ese año la progenitora por sí o a través de una sociedad familiar había adquirido la propiedad de una vivienda (documento seis de la solicitud e interrogatorio de la esposa). La menor en el momento del traslado a España cursaba estudios en la escuela interparroquial de Cristo el Maestro, siendo matriculada y asistiendo al Colegio Sagrada Familia de Valencia ese curso sólo desde enero de 2.005 (documento siete y certificación de Escuelas Pías). Por lo tanto, queda probado que su residencia habitual se encontraba en Estado Unidos cuando se produjo el traslado a esta localidad.

CUARTO.-Bajo la anterior premisa hay que examinar la licitud o ilicitud del traslado de la hija a España desde el país de origen, pues la restitución de la menor al país de su anterior residencia deberá acordarse sólo en aquellos casos en que el traslado haya sido ilícito. Constituye cuestión pacífica a tenor de los documentos aportados con la solicitud y con el reconocimiento efectuado por la Sra. Carrascosa en la práctica del interrogatorio, que los progenitores firmaron un acuerdo el 8 de octubre de 2.004 por el que la custodia la ostentaría la madre, el padre disfrutaría de visitas con la hija y ambos se comprometían a no viajar fuera de los Estados Unidos con la menor, sin el permiso escrito de la otra





parte. María José Carrascosa Peñalver se trasladó en enero de 2.005 con la menor a España, residencia habitual de la misma desde entonces. El 4 de febrero de 2.005 por el Tribunal Superior de New Jersey se acordó la devolución inmediata de España de la menor y el posterior acatamiento del acuerdo de 8 de octubre de 2.004. El 22 de marzo de 2.005 este Tribunal acordó la custodia temporal paterna.

QUINTO.-Establece la sentencia de 24 de junio de 1.997 de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid que no cabe ordenar la restitución de la menor si cuando se produjo el traslado no estaba atribuido una custodia a favor del padre, ni la ejercía ni la podía ejercer cuando se produjo el traslado al no existir resolución que lo amparase. Dispone el auto de 12 de septiembre de 2.001 de la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid que ante la falta de constitución de una guarda y custodia de la hija a favor de cualquiera de sus progenitores no cabe hablar de legitimación en la pretensión de recuperación de la hija de un progenitor frente a otro, no procediendo la restitución cuando además no se ejercía de hecho por el progenitor. Por su parte, el auto de 28 de marzo de 1.994 de la Audiencia Provincial de Zaragoza consideró que no era ilícito el traslado de un menor por su madre desde Estados Unidos al haberse efectuado con anterioridad a la resolución dictada en ese país. Atendida esta doctrina, cuando se produjo el traslado de la menor a España no existía la resolución judicial de Estados Unidos atribuyendo la custodia temporal al padre; ni por este se ejercía de forma efectiva la custodia al haberse pactado tres meses antes que la custodia desde el cese de la convivencia la iba a ejercer la madre, como así efectuó; ni se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado, como se constata con el convenio de las partes y la resolución de 4 de febrero de 2.005. Por lo tanto, el traslado no fue ilícito por el mero incumplimiento, como se acredita con la falta de aportación del consentimiento por escrito del progenitor, de un pacto privado sobre no viajar con la hija al extranjero, al no haberse infringido un derecho de custodia atribuido al progenitor, un derecho de



custodia ejercido de forma efectiva o un derecho de custodia que se habra producido sin el traslado.

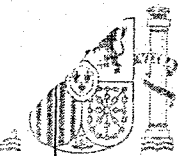
SEXTO.-Con arreglo a lo establecido en el artículo 1.909 de la ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, se declaran de oficio las costas del procedimiento.

En atención a lo expuesto,

DISPONGO: no ha lugar a acordar la restitución de VICTORIA SOLENNE INNES a Estados Unidos y su entrega a su padre PETER WILLIAM INNES. Se declaran de oficio las costas del procedimiento.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto en el plazo de cinco días desde su notificación.

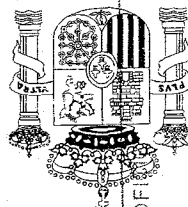
Así, lo manda y firma el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valencia Don César Zenón Calvé Corbalán.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



PAPEL DE OF



GENERALITAT
VALENCIANA