



AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA SECCIÓN QUINTA

ROLLO Nº 72/17 -JJ- AUTOS Nº 1442/2016

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE GRANADA

ASUNTO: RESTITUCIÓN RETORNO DE MENORES SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL

INCIDENTE DE NULIDAD ROLLO PIEZA SEPARADA R- 72.03.2017

SALA DE VACACIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

AUTO Nº 129/2017

Itmos.

Presidente

D José Requena Paredes

Dª Rosa María Giner Pretel

D. Aurora María Fernández García

En la ciudad de Granada, a nueve de agosto de 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Que en el presente procedimiento seguido con el Nº 1.442/2016 ante el Juzgado de familia Nº 3 de Granada por demanda interpuesta por la Abogacía Del Estado Español contra Dª Juana Rivas Gómez, se dictó sentencia en fecha catorce de Diciembre de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Se acuerda la inmediata restitución de los menores [REDACTED]

[REDACTED] al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, en ese caso Italia.

La restitución podrá verificarse mediante el regreso de los menores a Italia con la madre, la entrega de los menores al padre en el domicilio en el que padre reside en el plazo improrrogable de TRES DIAS a contar desde la firmeza de la presente



Código Seguro de verificación:vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	1/15





resolución o trasladándose el padre a España a estos efectos. En todo caso para la gestión práctica de ello se contará con la mediación de las autoridades centrales. En caso de oposición, incumplimiento u obstaculización a la efectiva entrega de los menores se acordarán por este Juzgado las medidas coercitivas que sean necesarias para la entrega, incluido el auxilio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para el traslado efectivo y seguro de los menores.

2º.- Se condena a la madre Dª Juana Rivas Gómez al abono de las costas del procedimiento, incluidas aquellas en que haya incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno de los menores al Estado de su residente habitual con anterioridad a la sustracción."

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, al que se opuso la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se dictó sentencia que es del tenor siguiente: Desestimar el Recurso de Apelación interpuesto por Dª Rocío Nieto Martínez en nombre y representación de Dª Juana Rivas Gómez contra la sentencia de catorce de Diciembre de dos mil dieciséis dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Granada en los autos de Restitución Retorno de Menores Sustracción Internacional Nº 1442/2016 seguidos a instancias de Ministerio Fiscal y Abogado del Estado contra Dª Juana Rivas Gómez, de los que dimana el presente rollo, 72/2017.

TERCERO.- Con fecha 28 de Julio por la procuradora Sra. Nieto Martínez, asistida de la letrada Sra. Castillo Pozo se interpuso en nombre y representación de Dª Juana Rivas Gómez, incidente extraordinario de nulidad de actuaciones con base a los motivos que luego se expresaran y con petición de suspensión de la ejecución de la sentencia para evitar que el incidente pueda perder su finalidad.

CUARTO.- Por providencia de fecha 31 de julio de la Sección Quinta de esta Audiencia se admitió a trámite el expresado incidente dando traslado a las partes para alegaciones por término de cinco días. La citada resolución, " En atención a la urgencia del caso y la tutela de oficio del interés fundamental de los menores de



Código Seguro de verificación: vYdHbwez z3 cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez z3 cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	2/15





conformidad con el art. 131 de la L.E.C, se habilitan los días del mes de agosto para los traslados a las partes

QUINTO.- Con fecha 7 de agosto se dio cuenta a esta sala de vacaciones prevista en el art. 180 de la LOPJ., de que se habían evacuado las alegaciones requeridas habiendo solicitado el Mº Fiscal la desestimación íntegra del incidente y por la procuradora Sra. Aranda López, en nombre de D. Francesco Arcuri, se solicitó alternativamente la inadmisión a trámite del incidente previa estimación del recurso de reposición o la desestimación completa del incidente de nulidad.

A la vista de esa dación, esta Sala de Vacaciones por las razones de urgencia ya expuestas ha de asumir la decisión y resolver con carácter inmediato la resolución del incidente no haberse propuesto prueba alguna y no pender la decisión del incidente de más tramites, por lo que se señaló la deliberación, votación y fallo para el día de ayer.

Es ponente el magistrado D. José Requena Paredes, que expresa la decisión de esta Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Como señala nuestra doctrina jurisprudencial de modo consolidado el art. 241 de la LOPJ, en su redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, establece el contenido y los límites del incidente de nulidad promovido. Su alcance ha sido interpretado por la Doctrina legal en numerosas ocasiones, de las que es fiel exponente el ATS 1 de marzo de 2012, entendiéndose que: "... la filosofía del nuevo incidente de nulidad de actuaciones es el de permitir que la propia jurisdicción ordinaria pueda subsanar cualquier violación de los derechos fundamentales del *art. 53-2 de la Constitución*, evitando en su caso de este modo el acceso a la jurisdicción constitucional cuando la ordinaria, como primer garante de tales derechos fundamentales, puede evitar y subsanar cualquier denuncia al respecto.



Código Seguro de verificación: vYdHbwez z3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez z3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	3/15





Al mismo tiempo, es doctrina pacífica respecto a estas resoluciones, que su conocimiento el ámbito de este nuevo recurso de nulidad se ve limitado por la exigencia concurrente de tres requisitos, uno de fondo, otro de naturaleza temporal y un tercero de natural procesal. 1) Como requisito de fondo debe tratarse de nulidades referidas a la vulneración de derechos del *art. 53-2º de la Constitución* .2) Como requisito temporal que no hayan podido denunciarse antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso 3) Como requisito procesal que dicha resolución no sea susceptible de recurso ni ordinario ni extraordinario.

Pues bien, ninguno de estos tres requisitos concurren o al menos, por la puntualización que luego diremos, no concurren en ningún caso ni el primero ni el segundo presupuesto y siendo el primero el más esencial deberíamos con solo ese dato rechazar de plano un incidente como el que nos ocupa pues en palabras del ATS (Sala 1ª) de 12 de julio de 2017, “ y Según ha declarado *esta sala (AATS de 6 de noviembre de 2013, recurso n.º 485/2012 , y de 10 de junio de 2014, recurso n.º 2247/2011)*, en el incidente de nulidad el tribunal solo puede entrar a considerar si se han producido infracciones de derechos fundamentales. Esta cuestión es el único objeto posible de dicho incidente, que no puede convertirse en un recurso en el que se revise el criterio jurídico aplicado en la resolución cuya nulidad se insta, para evitar que las alegaciones formales de infracción de un derecho constitucional encubran pretensiones de revisión de cuestiones estrictamente de corrección jurídica sin trascendencia constitucional.

En este sentido se ha pronunciado el *Tribunal Constitucional en la sentencia 200/2012 de 12 de noviembre*: «[...] El incidente de nulidad de actuaciones no es un recurso más, sino un remedio al que se puede acudir, "excepcionalmente", para reparar la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el *art. 53.2 CE*.

Pues bien, la simple aplicación de esta doctrina lleva a cada una de las infracciones denunciadas en el incidente a la desestimación del mismo , por las razones que se expondrán a continuación, y sin olvidar que la finalidad de la reforma quedaría desbordada si se intentase convertir este recurso en un nuevo medio para reconsiderar decisiones ya adoptadas en la resolución que se tacha de vulneradora



Código Seguro de verificación:vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	4/15





de los derechos fundamentales o dicho más claramente (vid. auto tribunal supremo sala 1ª de 5 de julio de 2017) la invocación meramente formal de vulneración de un derecho constitucional no permite promover el incidente excepcional de nulidad para intentar replantear una controversia ya resuelta (AATS de 8 de abril de 2015, 550/2013 , 25 de marzo de 2015, 36/2012 , y 13 de enero de 2016, 483/2013 , entre otros)

Esto es, esa nulidad que ahora permite la ley orgánica con virtualidad para anular una sentencia es restringida y reservada por un lado a las infracciones procesales de carácter esencial y causantes de indebida indefensión real y material con exclusión de, indefensión meramente hipotética o formal y por otro, y fundamentalmente, en los casos en que la sentencia incurra en una manifiesta vulneración a la llamada tutela judicial efectiva, lo que será de apreciar, según el art 241 la ley Orgánica del poder Judicial, cuando la misma, este viciada por la incongruencia, lo sea en el fallo o en su fundamentación, por falta de adecuada motivación al equipararse, jurisprudencialmente uno u otro defecto a la inexistencia de respuesta jurisdiccional razonable, lo que ocurrirá, cuando su fundamentos o su "ratio decidendi" sea abiertamente contraria a derecho, y por tanto infractora de la norma procesal con lesión al derecho a la tutela efectiva. En este sentido ya se pronunciaron las SSTC nº 46/1982 , 136/1985 , 23 y 100/1987 , 55/2001 ó la 42/2003 , al venir a expresar que el derecho esencial a la tutela efectiva garantiza la obtención de una respuesta judicial que, además de estar motivada y fundada en Derecho, sea razonable en el sentido de que no resulte arbitraria o manifiestamente infundada en la resolución del asunto lo que no es identificable con la personal discrepancia que el promotor de este excepcional incidente de nulidad pueda plantear o postular, desde su particular valoración de las pruebas en función de su lógico y personal interés. Así lo ha reiterado nuestro Tribunal Supremo entre otras, en la STS 631/2014, de 29 de septiembre, respecto al sentido objeto en que ha de analizarse esa supuesta falta de racionalidad en la valoración de la prueba y en su motivación como germen de una tan inadecuada o incongruente decisión judicial, como para poder considerarla verdaderamente infractora de la tutela judicial efectiva, que habilita la nulidad de la resolución atacada, para permitir un nuevo enjuiciamiento de los hechos.



Código Seguro de verificación:vYdHbwez z3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez z3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	5/15
 vYdHbwez z3cmHvnWdqVP4Q==				



SEGUNDO.- Pues bien, el incidente de nulidad que se plantea en este proceso especial, noventa y ocho días después del dictado de una sentencia ya firme y que ni siquiera se pretende anular a la vista del insólito pedimento de que se anule únicamente un Decreto resolutorio de un recurso de reposición contra dos diligencias de ordenación que si alguna significación tenía en cuanto a poner en potencial peligro de indefensión, lo que la demandada entendía como una prematura ejecución de la sentencia ni ese peligro fue real ni material pues nunca se ordenó la ejecución de la sentencia, mientras la promotora del incidente marcaba a su antojo o interés los tiempos con actuaciones procesales que carecían de todo éxito procesal pero que le han permitido ganar tiempo hasta la exasperación, dentro de un proceso regulado desde la reforma de la L.E. Civil por la Ley 15/2015 de 2 de julio pasó sobre la base del Convenio de la Haya de 25 -10-1980 a regular en los art. 778 quater a sesies “las Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.” y aplicable como aquí ocurre a los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo . Del que es importante reseñar conforme a este art. 778 quater. 5. que señala que “ El procedimiento tendrá carácter urgente y preferente. Deberá realizarse, en ambas instancias, si las hubiere, **en el inexcusable plazo total de seis semanas** desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible. 6. En ningún caso se ordenará la suspensión de las actuaciones civiles por la existencia de prejudicialidad penal que venga motivada por el ejercicio de acciones penales en materia de sustracción de menores “ . Esto es el proceso sigue las pautas de Convenio de la Haya del que nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia nº 120/02 de 20 de mayo de 2.002, ya señalaba que el mismo "ciertamente tiene como finalidad "garantizar la restitución inmediata" de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquiera de los Estados contratantes (art. 1 a), y en aras de esta finalidad arbitra un procedimiento cuya duración no debería exceder de seis semanas (art. 11), que pretende,



Código Seguro de verificación:vYdhbwez3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdhbwez3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	6/15





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".

Nuestra legislación procesal civil prevé, -ya se señaló antes-, un mecanismo de oposición que es coherente, pese a la sumariedad y urgencia con la naturaleza y espíritu del Convenio, y con el principio de tutela judicial efectiva que consagra nuestra Constitución Española e incluso con los mecanismos de impugnación lo que ha permitido a nuestro Tribunal Supremo entender en su Auto de 24 de mayo 2017 que este proceso civil conforme a la previsión " del art. 774 quinqués. 11 LEC , redactado por la *disposición final 3.12 de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, determina, en relación al procedimiento sobre medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, que: «Contra la resolución que se dicte sólo cabrá recurso de apelación con efectos suspensivos, que tendrá tramitación preferente, debiendo ser resuelto en el improrrogable plazo de veinte días».

En consecuencia, se establece expresamente en la letra del precepto que contra la resolución por la que se resuelve el procedimiento sobre medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional "sólo" cabra recurso de apelación, lo que determina **la exclusión de la recurribilidad de las citadas resoluciones en casación** (art. 483.2, 1.º LEC), en relación con el art. 774 quinqués. 11 LEC).

No cabía pues recurso y si lo hubiera habido el planteamiento exclusivamente del recurso por infracción procesal sin interponer al mismo tiempo el de casación por interés casacional eliminaba, de acuerdo con una reiteradísima jurisprudencia sobre la admisibilidad de uno y otro tipo recursos toda posibilidad de que se admitiera y pese a ello se obstino en recurrir en queja, sin ninguna posibilidad de estimación, en base al criterio reiterado por el que debe inadmitirse el recurso extraordinario por



Código Seguro de verificación:vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13		
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/15
vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==			



infracción procesal interpuesto, sin formalizar al mismo tiempo el de casación, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la *disposición final 16.ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5.ª, de la LEC*. Doctrina que ya se aplicó por la Sección quinta de esta Audiencia Provincial en este mismo procedimiento mediante auto de 31 de mayo 2017, al que no se aquietó la parte demandada que insistió promoviendo un recurso de queja que necesariamente tenía que saber que carecía de posibilidades de estimación, pero le permitía alargar los plazos de manera que lo que debía haber tardado inexcusablemente un mes y medio (6 semanas) ya han transcurrido más de tres meses y medio tres meses incluido ahora el presente incidente, por el que se viene a alegar que durante el tiempo en que mantenía su voluntad de mantener la interposición del recurso ha estado indefensa, mejor sería “ inquieta por que se declarara firme la sentencia y se ejecutara y que ahora que ya ni siquiera se ataca de nulidad la sentencia sino un Decreto de contenido procesal meramente interlocutorio sobre efectos suspensivos que, en apariencia se negaron, pero que al mismo tiempo se consintieron, es claro, entonces que no cabe entender con seriedad que existiera esa indefensión material que se irroga la demandada y que legalmente, además venía obligada a soportar, tanto por razones tanto de legalidad ordinaria como de agilidad procesal impuestas por el propio Convenio internacional, pues, como establece el *artículo 1*, apartado a), la finalidad del mismo es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante .

Pues bien, como ya hemos dicho, en torno a la actuación relativa a la impugnación de la sentencia de segundo grado ante el tribunal Supremo, la promotora del incidente no tiene reparo en interponer ente incidente excepcional teniendo pendiente un recurso de queja que no se sabía si había interpuesto en plazo y del que finalmente de la manera tan imprecisa con que se pronunciaba, manifestaba su voluntad de desistir del mismo cuando ni siquiera había sido interpuesto tras demorarse los nombramientos de profesionales que la asistan dentro de su derecho a litigar gratuitamente, y que no se sabe por qué razón, dice que se ha vulnerado, “ colocando a mi representada en la más grave de las indefensiones, en cuanto a lo



Código Seguro de verificación:vYdHbwez z3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez z3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	8/15
 vYdHbwez z3cmHvnWdqVP4Q==				



delicado del tema, habiéndose actuado con demasiada premura” para terminar alegando que el citado Decreto le ha supuesto “ una falta de tutela efectiva patente y la indefensión creada por esa resolución contraviniendo el art. 517.2 de la LEC, colocó a la demandada en una situación de indefensión y violación del principio de seguridad jurídica que es lo denunciado a los efectos de amparo de los derechos contravenidos .

Este primer bloque de lesiones procesales y constitucionales para hacerlas valer en el presente incidente extraordinario, se desestiman con rotundidad, al igual que artificiales las apreciaciones y juicios de valor que alimentan un escenario del proceso seguido ben alejado de la realidad por lo que basta con acudir a la propia Doctrina Constitucional para recordar., por un lado que la invocación meramente formal de vulneración de un derecho constitucional no permite promover el incidente excepcional de nulidad para intentar replantear una controversia ya resuelta (AATS de 8 de abril de 2015,. 550/2013 , 25 de marzo de 2015, 36/2012 , y 13 de enero de 2016, 483/2013 , entre otros) y en cuanto al fondo de este motivo relativo a la impugnación de la sentencia de apelación conviene dejar señalado también la clara doctrina nuestro Tribunal Constitucional que se pronuncia en el siguiente sentido :

No existe un derecho constitucionalmente protegido a interponer determinados recursos y, por tanto, que no existe un derecho de relevancia constitucional a recurrir en infracción procesal y casación, siendo perfectamente imaginable, posible y real que no esté prevista semejante posibilidad (SSTC 37/88 , 196/88 y 216/98); por el contrario, el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal (SSTC 3/83 y 216/98 , entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, con el único límite consistente en la proscripción de la arbitrariedad y la evitación de los errores materiales (SSTC 37/95 , 186/95 , 23/99 y 60/99), sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a la casación tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente (9SSTC 230/93 , 37/95 , 138/95 , 211/96 , 132/97 , 63/2000 , 258/2000 y 6/2001); y que el «principio *pro actione* », proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores (SSTC 3/83 , 294/94 y 23/99), habiéndose



Código Seguro de verificación:vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	9/15
 vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==				



añadido que el referido derecho constitucional se satisface incluso con un pronunciamiento sobre la inadmisibilidad del recurso, y no necesariamente sobre el fondo, cuando obedezca a razones establecidas por el legislador y proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegibles a que los requisitos procesales tienden (SSTC 43/85, 213/98, y 216/98).

TERCERO.- El siguiente motivo de nulidad, insiste en combatir el tan repetido Decreto de 30 de junio de 2017, cuya irrelevancia material y formal ya destacábamos páginas atrás a los fines esenciales del presente proceso, pero que sin embargo se empeña la parte en diseccionarlo para denunciar, falta de motivación, de precisión y de congruencia contraria a la exigencia del art. 218 de la LEC. No es así. Se recurrió por la demandada la no remisión de los autos mientras se tramitaba el recurso de queja y por otras razones se acogió el motivo y respecto a la no suspensión ya dijimos que además de ser correcto el no paralizar las actuaciones por no ser este recurso de carácter suspensivo, la propia normativa procesal lo excluía, pero pese a ello se suspendió la tramitación y no se ejecutó la sentencia con declaración de firmeza, por lo que no se entiende qué indefensión más allá de la intranquilidad de la parte se ha lesionado con relevancia constitucional cuando ha sido ella la que ha venido marcando lo tiempos del procedimiento en su última y más crítica fase final.

CUARTO .- El último motivo del recurso, pese a su interés intrínseco como es siempre la toma de decisiones en interés de los menores afectados, carece de nuevo de toda viabilidad. Ya hemos dicho que la razón de este proceso de carácter competencial e internacional dentro del espacio europeo comunitario, en aplicación del Convenio de La Haya que fue ratificado por España mediante instrumento de 28 de mayo de 1987. Y en palabras de la STC 12072002 de 20 de mayo “ El mismo tiene por objeto, en virtud del principio de prioritaria protección del sujeto infantil, la restitución de los menores que hayan sido sacados ilegalmente de su país de residencia habitual”.

Así, en su *artículo 3*, apartado a), se considera, a los efectos de la aplicación del convenio, que el traslado o retención de un menor es ilícito 'cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o



Código Seguro de verificación: vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	10/15





conjuntamente, a una persona, 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', añadiendo, en su último párrafo, que dicho derecho de custodia 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. Sobre dicha base, establece el *artículo 1* , apartado a), que la finalidad del convenio es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.

Se insiste en dicha idea de celeridad en su *artículo 11* , al expresar que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores, lo que incluso se plasmó en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada a través de la *Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero* , sobre protección jurídica del menor.

Quiere decirse que el procedimiento no trata de lesionar el interés de menor sino de protegerlo y en este sentido el procedimiento prevé un mecanismo de oposición que es coherente, pese a la sumariedad y urgencia con la naturaleza y espíritu del Convenio, y con el principio de tutela judicial efectiva que consagra nuestra Constitución Española.

La decisión judicial en las dos instancia ha sido respetuosa con esa doble garantía, de defensa, y con los mecanismos que el propio Convenio arbitra que, en interés superior del menor, y de los derechos fundamentales que todos los poderes públicos están obligados a proteger (Convención de los Derechos del niño de 20-11-1989) no blinda ni cierra, en ningún caso, la posibilidad de denegar el retorno del menor a su país de residencia anterior cuando, como puede ocurrir en otros casos exista ese riesgo para el menor, lo que aquí se descartó por los informes psicológicos y entrevistas realizadas por la Magistrada de instancia y la misma conclusión llegó esta Audiencia Provincial especializada en derecho de familia que expresó en su sentencia con toda rotundidad lo siguiente: " Se inicia este procedimiento mediante demanda de la Abogacía del Estado sobre devolución de menores transmitida por la autoridad central de Italia respecto de los menores [REDACTED] nacidos el 21.4.2006 y el 11.1.22014,



Código Seguro de verificación:vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	11/15
 vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==				



sustraídos por la madre doña Juana Rivas Gómez. Los menores tenían su residencia en Calafonte, Italia desde el 11.6.2003, ambos escolarizados en aquella localidad. La madre los trasladó a España para pasar sus vacaciones en 18.5.2016 y debían regresar el 27 de junio del mismo año, aunque se propuso el regreso por razones de salud al 15.7.2016, entendiéndose se trata de una sustracción de menores. Con fecha 14.12.2016 se dicta sentencia por el Juzgado de Primera Instancia 3 de Granada que acuerda la inmediata restitución de los menores al Estado de su residencia habitual. Se recurre por la madre(...) Los menores, hijos de la apelante, y no lo olvidemos también de su padre, residen en Italia, desde el año 2013, el menor desde su nacimiento, y están sujetos a las normas de aquel país, y mediante las vías de hecho, la apelante, a provechando un permiso en España, deja de trasladar a los hijos donde tenían su residencia, donde vive el padre y están escolarizados y tomándose la justicia por su mano como vulgarmente se dice, los trae a España...”

Llegados a este punto, el alegato de que la sentencia no ampara los intereses de los menores expuesto a una convivencia no conveniente con el padre traspasa de nuevo los límites de este incidente extraordinario que como ya decíamos al inicio y ahora reiteramos Cabe asimismo destacar, al hilo de las alegaciones que se formulan, que el incidente de nulidad no es el cauce procesal adecuado para mostrar la discrepancia contra una resolución como la dictada por esta Audiencia. Esta Sala no ignora siguiendo la línea marcada por el Tribunal Constitucional, sobre el alcance y límites del incidente de nulidad de actuaciones que el incidente de nulidad no puede convertirse en un planteamiento de cuestiones ya planteadas con argumentos y contra argumentos. No estamos ante un recurso de reposición en el que puedan reiterarse peticiones y motivaciones ya tratadas y respondidas y que obligue al Tribunal a una reconsideración de sus decisiones previas; o le proporcione otra oportunidad para exponer nuevas razones a añadir a las que se hicieron constar en la sentencia dictada. Y ello es lo que ocurre con este último motivo cual es relativo al interés de los menores abundantemente tratado por nuestro Tribunal Constitucional) por todas STC 16/2016 de 1 de febrero y las abundantes que se citan por la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo de 18 de enero y 19 de julio de 2017, entre otras muchas, en un tema siempre de hondo calado personal y alto componente circunstancial como actualmente ocurre en un nuevo episodio de este procedimiento



Código Seguro de verificación:vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	12/15
 vYdHbwez3cmHvnWdqVP4Q==				



donde es conocida la actitud desafiante a los requerimientos judiciales por parte de la demandada y promotora de este incidente que abra las puertas a un recurso de amparo mientras retiene no sabe en qué condiciones a sus hijos menores evitando la entrega de los mismos, por lo que correspondería en aras a la ejecución tomar en consideración por el juzgado de la ejecución la posibilidad o conveniencia de las medidas previstas en el art 778 quinquies .13 “Si el progenitor que hubiera sido condenado a la restitución del menor o a su retorno se opusiere, impidiera u obstaculizara su cumplimiento, el Juez deberá adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de forma inmediata, pudiendo ayudarse de la asistencia de los servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por igual razón procede en aplicación del art 778 quater .6. Rechazar la petición de prejudicialidad penal por admitir la norma procesal citada esa suspensión de procedimiento en directa relación con el art 40 de la LEC., en concreto dice aquella norma : En ningún caso se ordenará la suspensión de las actuaciones civiles por la existencia de prejudicialidad penal que venga motivada por el ejercicio de acciones penales en materia de sustracción de menores.

QUINTO.- Procede rechazar la admisión a trámite del recurso de reposición pues la función de esta Sala de vacaciones interviene dentro de la urgencia que entraña la habilitación de días per se inhábiles durante el mes de agosto en la medida en que se ha admitido un incidente de nulidad de actuaciones sobre un proceso que por la propia naturaleza y objeto de y de las exigencias legales de inexcusable e inmediata tramitación, en cuanto fue previamente admitido a trámite por la sección que conoció en segunda instancia del asunto. Tribunal de apelación, que pudiendo hacerlo no acordaron la inadmisión y como enseguida se subsanó la pendencia de un recurso (queja) que representaba un óbice impeditivo importante a su tramitación y sanado el mismo por razón de economía procesal se ha entrado a resolver dentro de las dos peticiones alternativas que el Sr. Arcuri solicitaba, esto es la estimación o la desestimación que es lo que se acordará enseguida, debemos convenir que ningún derecho se lesiona por no tramitar el recurso ni ninguna lesión a la tutela efectiva se causa, cuando en los fundamentos anteriores se han valorado, examinado y dado respuesta motivada a cada uno de los motivos en los que la demandada basa su nulidad por vulneraciones constitucionales que no se han considerado así.



Código Seguro de verificación:vYdHbwez z3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez z3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	13/15





Finalmente poco más cabe señalar sobre la razón de no tramitar el recurso de reposición si como ya advertía con acierto el Sr. Letrado del Tribunal y de esta propia Sala no es admisible al igual que ante cualquier demanda con traslado para emplazamiento y oportunidad de oponerse a su estimación que previamente se combata su admisión cuando esa decisión ya aboca a una resolución de fondo como modo normal de terminación de cualquier proceso o incidente.

SEXTO.- Desestimado el incidente de nulidad procede imponer sus costas a los solicitantes, en aplicación del *artículo 228.2.II LEC, sin perjuicio de hacer valer su derecho a la justicia gratuita*

SEPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el *artículo 208.4 LEC* procede declarar que contra este auto no cabe recurso alguno, por así establecerlo el *artículo 228.2. III LEC* .

Y por lo que antecede

LA SALA DE VACACIONES ACUERDA :

1.º- No haber lugar al recurso de reposición planteado por la procuradora Sra Aranda López en nombre de D. Francesco Arcuri, contra la providencia de 31 de julio 2017 que admitía a trámite el incidente de nulidad a que se contrae este incidente.

2 º- No haber lugar a acordar la suspensión por prejudicialidad penal solicitada por la procuradora Sra. Aranda López en nombre de D. Francesco Arcuri..

3 º.- Desestimar el incidente de nulidad promovido por la procuradora Sra. Nieto Martínez en nombre de Dª Juana Rivas Gómez contra el Decreto de 30 de junio de 2017, dictado en el Rollo de apelación 72/2017 del que dimana este incidente

4.º Devuélvanse sin demora los autos al juzgado de familia nº 3 de Granada de conformidad con la Diligencia de Ordenación de fecha ocho de junio de dos mil diecisiete, por la que se declaraba la firmeza de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada en fecha veintiuno de abril del presente

5 º.- Imponer a los solicitante las costas de este incidente.

6 º.- Contra esta resolución no cabe recurso alguno.



Código Seguro de verificación: vYdHbwez z3 cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdHbwez z3 cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	14/15





Así lo acuerdan, mandan y firman. Sres. Magistrados indicados al margen.



Código Seguro de verificación: vYdhbwez z3cmHvnWdqVP4Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE REQUENA PAREDES 10/08/2017 11:01:11	FECHA	10/08/2017	
	ROSA MARIA GINEL PRETEL 10/08/2017 11:03:13			
	AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA 10/08/2017 11:28:31			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vYdhbwez z3cmHvnWdqVP4Q==	PÁGINA	15/15

vYdhbwez z3cmHvnWdqVP4Q==