



LA SOSTRACCIÓ INTERNACIONAL DE MENORS

Roser Aymerich Ribas

Tutor: Jordi Ribot Igualada

Treball de Final de Grau

Universitat de Girona – Grau en Dret

Curs 2015-2016

ÍNDIX

I.	INTRODUCCIÓ	4
1.	Origen del conflicte i estat actual	4
2.	Concepte	5
II.	MARC JURÍDIC	7
1.	Normativa Internacional.....	7
1.1.	El Conveni de la Haia sobre els aspectes civils de la sostracció de menors, de 25 d'octubre de 1980.....	7
1.1.1.	Concepte.....	8
1.1.2.	Objectiu.....	10
1.1.3.	Principis rectors del Conveni.....	10
1.1.4.	Àmbit d'aplicació.....	13
1.1.5.	Funcionament.....	14
1.1.6.	Procediment.....	14
1.2.	El Conveni del Consell d'Europa de Luxemburg de 20 de maig de 1980.....	19
1.2.1.	Àmbit d'aplicació.....	19
1.2.2.	Sistema d'Autoritats centrals.....	20
1.2.3.	Sistema d'Autoritats competents per lliurar l'exequàtur.....	21
1.2.4.	Excepcions al retorn del menor.....	22
1.2.5.	Dret de visita.....	24
1.2.6.	Procediment.....	24
1.2.7.	El Conveni a la pràctica.....	26
2.	Normativa comunitària.....	28
2.1.	El Reglament (CE) 2201/2003 del Consell, de 27 de novembre de 2003.....	28
2.1.1.	Antecedents.....	28
2.1.2.	Novetats del Reglament 2201/2003.....	29
2.1.3.	Àmbit d'aplicació.....	30
2.1.4.	Conceptes.....	30
2.1.5.	Mecanismes del Reglament contra la sostracció intracomunitària de menors.....	31
2.1.5.1.	Normes de competència judicial internacional.....	31
2.1.5.2.	Acció de restitució directa del menor.....	36

2.1.5.3. Reconeixement i execució directa de resolucions judicials. Eliminació de l'exequàtur.....	38
2.1.6. Relacions entre el Reglament i les altres normes internacionals.....	40
2.1.7. Procediment.....	40
III. PROCEDIMENT DE RETORN O RESTITUCIÓ ESPANYOL EN CASOS DE SOSTRACCIÓ DE MENORS.....	49
1. Mesures preventives. Les normes del Codi Civil espanyol.....	49
2. El procés de restitució previst a la LEC de 1881.....	50
A) Competència.....	52
B) Legitimació.....	54
C) Postulació.....	54
D) Mesures cautelars.....	54
E) Procediment de restitució d'un menor.....	55
3. La sostracció internacional de menors després de l'entrada en vigor de la Llei 15/2015, de jurisdicció voluntària.....	58
3.3.1. Disposicions generals del procediment.....	58
3.3.2. Procediment de restitució de menors sostrets i trobats a Espanya.....	61
IV. ANÀLISI D'UN SUPÒSIT PRÀCTIC.....	64
1. Fets.....	65
2. Fonaments de dret.....	67
V. CONCLUSIONS.....	72
VI. BIBLIOGRAFIA.....	75
VII. SENTÈNCIES.....	77

RESUM

El present treball té inici amb una síntesi de les normes que regulen la sostracció internacional de menors, enquadrada en un marc jurídic que ens servirà per posar-nos en context i poder comprendre més fàcilment la segona part del treball. A partir d'aquesta, es pretén mostrar com funciona veritablement un procés de retorn d'un menor, ja que en la realitat el procediment es complica i no acaba esdevenint tant idíl·lic com descriuen les normes.

Per dur a terme l'estudi comparatiu entre teoria i pràctica, em serviré d'un cas real que va tenir inici l'any 2012, i el qual em permetrà mostrar com diferents factors poden arribar a alterar el que disposa el Conveni, que en aquest cas és la màxima norma reguladora, segons el qual el menor ha de retornar immediatament al país de residència habitual si no ha passat un any¹.

Finalment, el que pretenc demostrar és com en un tema de suma importància i que actualment es troba en auge, les normes no aconsegueixen minvar les dilacions que pateix el procés, i en conseqüència, a qui acaba repercutint personalment tot això no és a ningú més que al menor que es veurà privat –al menys durant un temps si finalment s'aconsegueix la seva restitució- del dret a estar en companyia dels seus pares.

¹ Article 12 del Conveni de la Haia de 1980 “[...]en la data de la iniciació del procediment davant la autoritat judicial o administrativa de l'Estat Contractant on es trobi el menor hagués transcorregut un període inferior a un any des del moment en que es va produir el trasllat o retenció il·lícits, la autoritat competent ordenarà la restitució immediata del menor.”

I. INTRODUCCIÓ

1. ORIGEN I ESTAT ACTUAL

La sostracció parental mostra dos vessants²: la interna i la internacional. La primera consisteix en que un dels pares o familiars propers –ja sigui nacional o estranger- sostrau al menor però dins l'àmbit nacional, és a dir, no suposa una sortida del país de residència habitual. D'altra banda, la internacional es donarà quan un familiar proper al menor, generalment un dels pares, trasllada al mateix a un país diferent del d'on tenia la seva residència habitual. No obstant, existeix una tercera modalitat que es correspondria a una vessant internacional amb lleus variables. Es tracta del cas de progenitors d'una mateixa nacionalitat que emigra a un tercer país on estableixen la seva residència habitual, i un cop ha tingut lloc la ruptura, un dels dos retorna al país d'origen en companyia dels fills menors.

És un fenomen que ha estat present al llarg de tota la història i a tall d'exemple es pot citar un cas del s. XIX, referent a Ludwing Van Beethoven³, quan aquest després de la mort del seu germà va pensar en vulnerar el dret de custòdia de la seva cunyada traslladant al nebot a un país estranger.

Però avui en dia, l'origen del conflicte clarament es troba tant en la globalització, com en la internacionalització de la societat i en la multiculturalitat. La lliure circulació de persones, la obertura de passos fronterers, la facilitat per transportar-se d'un lloc a un altre, comporta que persones de diferents nacionalitats s'acabin coneixent.

Tot això provoca que aquestes relacions entre persones de diferents cultures, religions, de diferents països, etc. acabin convertint-se en parelles o matrimonis mixtes. Naturalment a aquest fet s'hi sumen els fills comuns que sorgeixen d'aquestes relacions. Però de la mà d'aquesta situació, malauradament hi va la de les crisis matrimonials, un altre fenomen que actualment també va en augment.

² José Miguel DE LA ROSA CORTINA (2010), *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant Lo Blanch, València. . Pàgs.15 i 16.

³ INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres. Propuesta de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores al Consejo Directivo del Instituto Interamericano del Niño. P.91. <http://www.iin.oea.org/pdf-iin/reunion-expertos-sobre-sustraccion-menores-padre.pdf> [02/02/2016]

Amb la ruptura d'aquestes parelles o matrimonis mixtes, per tant separacions o divorcis, es decideix de mutu acord o bé mitjançant resolució judicial quin dels progenitors ostentarà la custòdia i quin el dret de visita dels fills comuns menors.

Vistes les circumstàncies, el trasllat dels fills menors per part del progenitor –ja sigui custodi o no custodi- al país d'origen d'aquest augmenten considerablement. D'aquesta manera la situació s'agreuja i es torna més conflictiva ja que és molt difícil, si no impossible, establir un règim de visites que agradi al progenitor que estarà a centenars de quilòmetres dels seus fills. És així com s'acaben produint les sostraccions il·lícites, quan el progenitor estranger acaba traslladant als menors sense consentiment de l'altre i sense autorització judicial, privant o trencant les relacions que els menors tenien amb l'altre progenitor.

Per tant, és obvi que estem davant un fenomen social que té lloc a nivell mundial, i afecta a milers de nens en l'actualitat. No hi ha dubte que la sostracció d'un menor per part d'un dels progenitors és el conflicte familiar que presenta més complicacions, i segurament és el més difícil de resoldre.

Per tal de fer una aproximació a la realitat, a partir d'un recent estudi avalat per l'INE⁴ se'ns mostra com han incrementat els casos on un dels progenitors traslladava els fills a Espanya de manera il·legal. Així doncs, l'any 1999 es van donar un total de 78 casos; l'any 2003 un total de 153; 204 casos l'any 2008 i 214 l'any 2012⁵.

2. CONCEPTE

Cal destacar que el concepte es pot entendre des de dos dimensions. La primera es la de caràcter jurídic, i el Ministeri de Justícia ens proporciona una definició escajada però vàlida: *“es produeix la sostracció internacional de menors quan un menor és traslladat il·lícitament a un país diferent d'on resideix habitualment, violant el dret de custòdia atribuït a una persona o a una institució, o en aquells casos en què el pare o la mare s'hagin traslladat amb el menor per a residir en un altre país, i impedeixin a l'altre progenitor que tingui atribuït el seu dret de visita a exercitar-lo”*⁶.

Però aquesta definició és massa breu per acabar d'encaixar en l'actualitat, donat que no abasta el dret de visites, i per completar-la el Prontuari dóna una definició més àmplia *“s'entén per*

⁴ Juan Antonio DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, (2014). La ruptura de matrimonios entre españoles y extranjeros con menores: Una estadística comparada. *Papers: Revista de Sociología*, 99, pàg. 215.

⁵ Aquestes dades només fan referència a països que han subscrit un conveni.

⁶ Ministeri de Justícia, Govern d'Espanya. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/sustraccion-internacional> [07/02/2016]

sostracció internacional de menors el supòsit en el què un menor es traslladat il·lícitament a un Estat diferent d'aquell en el que té la residència habitual, violant el dret de custòdia atribuït a una persona o institució. Així mateix, s'aplica als casos en què un dels progenitors impedeix a l'altre el correcte exercici del seu dret de visita respecte del menor”.

En aquest sentit, el que persegueix el progenitor que trasllada al menor és evitar les conseqüències d'una resolució judicial sobre dret de visita o custòdia, o d'altra banda, crear de manera fraudulenta un fòrum artificial o de conveniència –al seu país d'origen- que li permeti resoldre el litigi sobre la custòdia d'acord als seus interessos. Aquest aspecte el defineix també Elisa Pérez-Vera⁷ quan disposa al seu informe explicatiu sobre el Conveni de la Haia que *“les situacions considerades resulten de l'ús de vies de fet per a crear vincles artificials de competència judicial internacional amb vistes a obtenir la custòdia d'un menor”*. Aquí hi intervé el que certs autors denominen com *nacionalisme judicial*, que es dona quan els tribunals de l'Estat de refugi atorguen la custòdia al sostractor (que normalment ostenta la nacionalitat d'aquest mateix Estat) per diverses causes com per exemple, garantir majors oportunitats de futur per als menors o pensar que la seva educació serà millor en el nou país de residència. És per aquest motiu que el factor temps juga un paper molt important, donat que aquests tribunals afavoreixen les decisions de no retorn de menors.

El patró de sostracció no sempre és el mateix. Un primer tipus consisteix en el següent: després de la ruptura de la parella s'atribueix el dret de visites a un progenitor, i durant aquestes, aprofita per traslladar el menor a un tercer país per tal de aconseguir-hi la custòdia, legalitzant d'aquesta manera la nova situació. Per a molts autors, aquest seria el cas tradicional, però cal destacar-ne d'altres que actualment sembla ser que tenen lloc de manera més habitual. Així doncs, la sostracció internacional també es produeix en el sí de progenitors amb custòdia compartida, i un d'ells es trasllada en companyia del menor a un altre país, privant a l'altre progenitor del seu dret de custòdia; o també es pot donar que el progenitor que ostenta exclusivament la custòdia sigui el que provoca la sostracció, privant a l'altre del dret de visites que se li havia atorgat.

Un problema afegit es dona quan a l'hora d'interpretar el dret de custòdia cada tribunal actua segons el que disposa el seu propi ordenament jurídic, donat que no hi ha uniformitat entre països del que s'entén per conceptes com dret de custòdia, pàtria potestat o règim de visites.

D'altra banda, en la dimensió social DE LA ROSA diu que és la conducta dels progenitors quan en l'acte de retenir al menor la seva finalitat és privar-ne a l'altre el contacte, convertint al menor en un *“instrument de xantatge emocional”*, i que troba la seva motivació en un *“conflicte intern”*.

⁷ Elisa PÉREZ VERA (1982), *Informe explicatiu del Conveni sobre els Aspectes Civils de la Sostracció Internacional de Menors*. Pàg.4

És visible la diferència respecte la dimensió jurídica, en quant aquí el mòbil del trasllat il·lícit és el rancor, l'orgull o la venjança personal. Aquí és on radica la importància del problema, i és que el més afectat és el menor, però no l'únic ja que darrere cada cas de sostracció hi ha una família que fa que el nombre d'afectats creixi.

II. MARC JURÍDIC

La rellevància del menor i la especial protecció envers aquest ha donat lloc a que els poders públics i els legisladors tant nacionals com internacionals se n'adonin de la importància de vetllar perquè els menors creixin en companyia d'ambdós progenitors, així com d'oferir-los la major protecció i vetllar per la mateixa. La conseqüència ha estat que en les últimes dècades s'aprovin tots els mecanismes internacionals, comunitaris i nacionals que a continuació s'examinaran. Per tant, tots ells tindran en comú el principi pel qual es regeixen: l'interès superior del menor.⁸

La via civil és la millor opció per sol·licitar la restitució d'un menor, ja que és més efectiva que la penal, per la quantitat de mecanismes que presenta. Com veurem la primera norma que intentava donar una solució unitària es va elaborar l'any 1980. Abans, tot i existir diferents mecanismes de protecció de menors com els Convenis de la Haia de 1961 i 1970, els progenitors no tenien més vies que confiar en l'exequàtur de les resolucions o iniciar un procediment al país de refugi.

1. NORMATIVA INTERNACIONAL

1.1. EL CONVENI DE LA HAAIA, SOBRE ELS ASPECTES CIVILS DE LA SOSTRACCIÓ DE MENORS, DE 25 D'OCTUBRE DE 1980.

El Conveni de la Haia (en endavant Conveni), és la normativa que ocupa el lloc més destacat i important des del punt de vista civil de la sostracció parental. Elaborat per la Conferència de La Haia de Dret Internacional Privat i redactat per una Comissió especial, va ser ratificat per Espanya mitjançant Instrument de 28 de maig de 1987⁹.

⁸ L'article 9 de la Convenció sobre els Drets del Nen de 1989 estableix que "els Estats part vetllaran perquè el nen no sigui separat dels seus pares contra la voluntat dels mateixos [...] llevat quan sigui necessari en l'interès superior del menor".

⁹ Espanya, Instrument de ratificació del Conveni sobre els aspectes civils de la sostracció internacional de menors, fet a La Haia el 25 d'octubre de 1980. (BOE [en línia], núm. 202, 24-8-1987, pàg. 26099-26105). <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-19691> [20/02/2016]

Actualment el nombre d'Estats contractants del Conveni és de 93, un nombre bastant significatiu i que augmenta any rere any. Per exemple, els adherits més recentment són Japó i Zàmbia (any 2014).

Es tracta d'un conveni on s'hi pot adherir qualsevol Estat, tot i no formant part de la Conferència de La Haia, de manera que la relació contractual produirà efectes entre el nou Estat adherit i la resta d'Estats Contractants sempre que aquests hagin declarat la seva acceptació a la adhesió (art. 38 Conveni).

Cal remarcar que el Conveni no és una norma que reguli la llei que ha d'aplicar-se a cada cas, ni pretén qüestionar a qui està atribuït el dret de custòdia o el de visita, ni molt menys modificar-los, així com tampoc fa referència a la competència judicial. Per tant, és un mecanisme que disposa l'estructura que ha de seguir la cooperació internacional entre les autoritats dels diferents països contractants i la acció de retorn dels menors traslladats il·lícitament.

La motivació del Conveni queda plasmada al seu Preàmbul, quan disposa que *“els Estats signataris del present Conveni, profundament convençuts de que els interessos del menor són d'una importància primordial per a totes les qüestions relatives a la seva custòdia. Desitjosos de protegir al menor, en el pla internacional, dels efectes perjudicials que podria ocasionar-los un trasllat o retenció il·lícita i d'establir els procediments que permetin garantir la restitució immediata del menor a l'Estat on tingui la seva residència habitual, així com d'assegurar la protecció del dret de visita, han acordat concloure un Conveni a tals efectes.”* S'accentua així el que s'ha dit anteriorment, conforme els Estats només podran decidir sobre qüestions relatives al trasllat il·lícit o no del menor i a la seva convenient restitució.

1.1.1. CONCEPTE

El **concepte** en el marc del Conveni no queda expressament definit a cap article, però sí que sintetitza els supòsits on es considera que el trasllat del menor serà il·lícit:

- *Quan s'hagi produït amb infracció d'un dret de custòdia atribuït, separada o conjuntament, a una persona, a una institució o a qualsevol altre organisme, d'acord al Dret vigent a l'Estat en que el menor tenia la seva residència habitual immediatament abans del seu trasllat o retenció; i*
- *Quan aquest dret s'exercia de manera efectiva, separada o conjuntament, en el moment del trasllat o de la retenció, o s'hauria exercit de no haver-se produït aquest trasllat o retenció.*

D'aquí en podem extreure diversos factors que hauran de tenir lloc per arribar a considerar que el trasllat ha estat il·lícit¹⁰.

En primer lloc hi ha d'haver una necessària infracció del dret de custòdia. Comporta que una persona o institució haurà de tenir atribuït aquest dret de custòdia i exercir-lo de manera efectiva, donat que si no la vingués exercint no tindria sentit la reclamació del menor.

En segon lloc, els modes d'atribuir el dret de custòdia, ja que pot venir atribuït pel dret de l'Estat on el menor hi tenia la residència habitual; per una resolució judicial en l'Estat d'origen, i per últim, per acord entre els progenitors. Aquest acord pot contenir dos tipus de clàusules: o bé es pacta la lliure circulació del menor i, aleshores, quan hi hagi trasllat a un tercer Estat no es considerarà il·lícit perquè s'haurà consentit; o bé pot contenir la lliure circulació però establint un temps limitat per dur-la a terme, supòsit en el qual si un dels progenitors trasllada al menor a un Estat de refugi, si que es tindrà per il·lícit. En aquesta línia, vegem-ne un exemple:

→ Es el cas d'un menor de nacionalitat búlgara que es traslladat a Espanya pel pare. Aquest desplaçament es consentit en la mesura que la mare n'ha donat autorització amb una data límit, el 30 d'agost. Però aquest acord unit a altres requisits com el fet que no hagi passat un any del trasllat en el moment de presentació de la demanda o la pròpia voluntat del menor, condueixen a una desestimació del retorn per part del tribunal.¹¹

Per últim, s'ha d'haver infringit el dret de custòdia. D'aquest dret en dóna una definició l'article 5 del Conveni, dient que consisteix en el *dret relatiu a l'atenció de la persona del menor, i, en particular, al de decidir sobre el lloc de residència*.

En qualsevol cas, per poder acudir al Conveni no és necessari haver infringit una resolució judicial, cal només alterar el *status quo* del menor, i per tant modificar les relacions amb l'altre progenitor.

¹⁰ Alfonso Luís CALVO CARAVACA, i Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, (2011) "Capítulo IV, Cooperación jurídica como instrumento para el diálogo entre culturas. Sustracción internacional de menores: una visión general" en Gamarra Chopo, Yolanda (Directora), *El discurso civilizador en Derecho Internacional: cinco estudios y tres comentarios*. Diputación de Zaragoza, Zaragoza. Pàgs 124 i 125.

¹¹ Interlocutòria Audiencia Provincial de Madrid 112/2006 (Sala Civil, Secció 22ª), de 21 d'abril. (AC/2006/1035)

1.1.2. OBJECTIUS

En quant als **objectius**, clarament se'n poden identificar dos. En primer lloc, el Conveni pretén el retorn del menor que ha sigut objecte del trasllat il·lícit al país on hi tenia la seva residència habitual ¹². Però pot passar en certes ocasions que el nucli familiar s'hagi traslladat a un altre país, i el retorn sigui ordenat a aquest. Les decisions al respecte sempre s'hauran de prendre sense entrar en les qüestions de fons.

En segon lloc, el Conveni ha de vetllar pel dret del menor a poder relacionar-se amb els pares, i per tant ha de procurar que es facin efectius tant el dret de custòdia com el de visita¹³. Però respecte al dret de visita cal fer un breu apunt. Si bé és cert que és un dels objectius vetllar per el mateix, la seva protecció és bastant feble donat que un cop traslladat el menor a un país de refugi, els tribunals del mateix es converteixen en competents per resoldre sobre un nou règim de visita; així com el Conveni tampoc permet un retorn del menor al país del progenitor amb dret de visita. A més, tant sols se li dedica un article, mentre que la resta es centra en el retorn del menor.

1.1.3. PRINCIPIS RECTORS DEL CONVENI

D'aquests objectius se'n desprèn el principi fonamental: **l'interès del menor**. Però malgrat això, a l'únic lloc on es fa menció expressa és a l'exposició de motius, i segurament aquesta és la raó per la qual en algunes ocasions s'ha posat en dubte si realment era aquest el principi rector. És primordial tenir-lo en compte en relació a la presa de decisions que incideixin directament en el menor, malgrat que a vegades el trasllat d'aquest a un país diferent del de la residència habitual pot estar justificat per causes objectives, i és per això, com més endavant s'explicarà, que el Conveni conté una sèrie d'excepcions al retorn del menor.

Sobre l'interès superior del menor es manifesta el Tribunal Europeu de Drets Humans¹⁴, establint a partir de la seva jurisprudència els principis que ell mateix ha elaborat i que versen sobre la sostracció de menors. Manifesta que les Autoritats competents tenen la obligació de tenir en compte l'interès superior del menor quan adoptin mesures que afectin a l'exercici dels drets de custòdia, de pàtria potestat o de visites. Afegeix el Tribunal que no observa una aplicació d'aquest principi per part dels tribunals interns en el sentit de prendre una decisió ràpida sobre la restitució immediata del menor. Conseqüentment, ens porta a pensar que és realment al procediment que versarà sobre el fons de l'assumpte, és a dir, el que decideixi sobre el dret de custòdia o de visita,

¹² Objectiu destinat a la reintegració immediata del menor al país de residència habitual.

¹³ Objectiu preventiu a la sostracció il·lícita.

¹⁴ Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, Secció 1^a, de 6 de novembre de 2008, assumpte 2008/86 Carlson contra Suïssa.

on s'apreciaran els interessos del menor per establir a qui corresponen aquests drets, mentre que potser el Conveni, que no entra a valorar les qüestions de fons, es centraria més en la restitució immediata del menor.

Aquest no és l'únic principi que es troba contingut al Conveni, podem veure també la **celeritat**. La Guia de Bones Pràctiques de 2008 el menciona en referència a l'actuació de les autoritats en les tramitacions de les sol·licituds de retorn, i es refereix a ell com a un principi que juga a favor de l'interès superior del menor, quan menciona que *la demora en el restabliment de les relacions interrompudes entre pare o mare i fill poden tenir greus conseqüències per al mateix. a més, com més llarg sigui el període d'interrupció, més difícil serà restablir el contacte sense mesures especials per ajudar a la seva reintegració*. Aquest tractament preferent i urgent que comporta la celeritat regeix en totes les fases del procediment, tot i que en moltes ocasions el que fa que el Conveni no funcioni adequadament és el retràs o les dilacions innecessàries.

La mala actuació de les autoritats pot comportar conseqüències adverses per al nen, ja que el retorn es pot retardar de manera innecessària, fet que pot comportar la infracció dels drets fonamentals de la família.

El propi Conveni també estableix la **prohibició de decisions sobre qüestions de fons**, en quant el tribunal de l'Estat on el menor es traslladat no podrà decidir qüestions com a qui correspon la custòdia o el dret de visita. Farà falta determinar, en primer lloc, si el trasllat o retenció han estat il·lícits o no, i en un procediment posterior, el tribunal corresponent es podrà pronunciar sobre el fons de l'assumpte. Com a excepció, l'autoritat de l'Estat de refugi sí que podrà entrar a conèixer el fons quan, passat un temps considerable, no s'hagi rebut cap sol·licitud de retorn.

És important també el principi de **tutela judicial efectiva**, pel qual tots els pares que es vegin privats del contacte amb els seus fills menors, ja sigui per una vulneració al seu dret de custòdia o de visita, tenen dret a gaudir d'un accés efectiu al tribunal, per demanar el retorn dels menors.

Vegem un recent cas on es pot observar com s'entrellacen alguns d'aquests principis:

El Tribunal Constitucional ¹⁵ s'ha pronunciat recentment sobre un cas de sostracció internacional de menors. En concret la seva resolució versa sobre un recurs d'empara, promogut per una nacional espanyola, contra un seguit de resolucions anteriors, entre les quals s'hi troba una interlocutòria de l'Audiència Provincial de Madrid que dicta el retorn d'una menor a Suïssa a favor del pare.

¹⁵ Sentència del Tribunal Constitucional 16/2016, d'1 de febrer de 2016.

Concretament el recurs versa sobre els següents fets:

- 1) Un expedient de sostracció internacional de menors per a la restitució de la menor a Suïssa, promogut pel pare. És plantejat davant els Jutjats de Primera Instància, els quals s'inhibeixen a favor dels Jutjats de Violència sobre la Dona per qüestió de competència objectiva.
- 2) Una interlocutòria del Jutjat de Violència sobre la Dona, nº11 de Madrid, de 14 d'abril de 2014. En aquesta s'atorga la custòdia de la menor a la mare, denegant la restitució per aplicació de l'excepció de l'art. 13.b) del Conveni, segons el qual si existeix un greu risc de que la restitució posi en perill físic o psíquic o en situació intolerable a la menor, l'Estat requerit no estarà obligat a restituir a la menor.
- 3) Un recurs d'apel·lació promogut pel pare davant l'Audiència Provincial de Madrid, estimat i resolt a favor seu, anul·lant la anterior interlocutòria dictada pel Jutjat de Violència sobre la Dona i dictant el retorn de la menor a Suïssa per haver-se confós el greu risc de la menor amb el de la mare. A més afegeix que tot i haver transcorregut vint mesos des de la sostracció de la menor, el pare va promoure l'expedient per donar inici al procediment al cap de tres mesos –quan encara no havia transcorregut el termini d'un any que estableix el Conveni al seu art. 12-.
- 4) Posteriorment, la mare va formular incident extraordinari de nul·litat d'actuacions, invocant vulneració del dret fonamental a la tutela judicial efectiva sense indefensió, el qual va ser inadmès per l'Audiència Provincial de Madrid.

Arrel d'aquest últim, la mare decideix presentar recurs d'empara per vulneració del dret a la tutela judicial efectiva sense indefensió i del dret a un procés amb totes les garanties. Tot i que en aquest punt el principi de **tutela judicial efectiva** no es correspongui exactament amb el que s'ha descrit, és a dir, que sigui el progenitor no sostractor el que gaudeixi d'accés a la justícia per demanar la restitució del seu fill, també és manifesta en aquest cas on s'ha dictat una resolució que mancava de motivació suficient que donés suport al retorn de la menor, i davant això la mare no ha pogut veure el seu dret a la tutela judicial efectiva satisfet donat que no se li ha admès l'incident extraordinari de nul·litat d'actuacions.

Tot i no haver examinat el contingut de cada una de les resolucions mencionades anteriorment, és evident que cada Tribunal resol el que estima més convenient en atenció a l'interès superior del menor. En aquest punt, i des de la meva visió, el TC resol molt encertadament quan indica

que la interlocutòria de l'AP de Madrid que dictamina el retorn de la menor a l'Estat de residència habitual, no té en compte el que disposa l'art. 12 del Conveni segons el qual la integració del menor al nou medi és un factor determinant i segurament el més important a l'hora de ponderar sobre el retorn. Com bé diu el Tribunal, es tracta d'una *previsió que tracta de fer efectiu el superior interès del menor de manera coherent amb el caràcter urgent del procediment de devolució configurat al propi Conveni*. (FJ 10)

Comencem a veure aquí com els principis interaccionen entre ells, en quant la **celeritat** del procediment va íntimament lligada a que la restitució del menor pugui ser efectiva, el que desemboca en que vagi també de la mà de l'interès superior del menor. Es fa evident aquesta situació quan en el present cas veiem que arran de diferents incidents processals com la declinatòria per falta de competència objectiva i els posteriors recursos presentats per ambdós progenitors, el procés pateix unes dilacions que independentment de qui fos la culpa d'aquestes o de qüestions com la il·licitud del trasllat no poden afectar negativament a l'interès superior de la menor. Tant és així que en el cas el Tribunal diu que després de 20 mesos des que es va produir el trasllat il·lícit de la menor, és impossible no apreciar per, exigència d'aquest mateix principi d'interès superior del menor, que aquesta ha quedat totalment integrada en el nou medi, i que per tant el que convé més és que continuï a Espanya i anul·lar el retorn que havia ordenat l'Audiència Provincial. Per tant és un bon exemple per escenificar la importància dels principis que regeixen el procediment del retorn i com s'interrelacionen entre ells, essent essencials cadascun en les mateixes condicions que la resta per tal que es pugui arribar a decretar la restitució d'un menor.

1.1.4. ÀMBIT D'APLICACIÓ

.En quant a l'àmbit **personal**, el Conveni està delimitat, ja que serà d'aplicació tant sols per als menors de 16 anys sempre que en el moment del trasllat o retenció il·lícits tingui la seva residència habitual en algun dels Estats contractants (art. 4). No n'hi haurà prou amb això sinó que a més, el país on finalment sigui traslladat o retingut el menor també haurà de ser un Estat contractant. En el cas que el menor es trobi de vacances a un Estat que no es part, i d'aquest sigui traslladat a un altre que si és part i on no hi tingui la seva residència habitual, també s'aplicarà el Conveni. Per exemple, si un menor té la seva residència habitual a Espanya, es desplaça amb la mare per passar les vacances a Guatemala (Estat no membre del Conveni) i tot seguit és traslladat a França

(Estat contractant), aleshores el pare podrà instar la demanda pel retorn del menor a través del Conveni.

El límit de l'edat s'estableix en 16 anys perquè es considera que a partir d'aquests el menor ja té la suficient maduresa i voluntat per decidir amb qui vol estar, òbviament el retorn d'un menor de 17 anys seria molt complicat si aquest no el desitgés.

En quant a l'àmbit **territorial**, es tracta d'un Conveni d'aplicació *inter partes*, el que significa que només es podrà aplicar entre els Estats que siguin contractants del propi Conveni.

L'àmbit d'aplicació **material** consisteix en què per a la aplicació del Conveni serà necessari trobar-nos davant un trasllat il·lícit, motiu pel qual em remeto al punt *1.1.1 Concepte*, on ja s'ha donat la descripció d'aquest concepte.

1.1.5. FUNCIONAMENT

El **funcionament** del Conveni és senzill. Per poder fer efectiva la restitució d'un menor, cada un dels Estats haurà de designar una Autoritat central, que tindrà com a objectiu principal complir les obligacions i finalitats que s'han assumit amb la ratificació del Conveni. Hi haurà casos, tal i com estableix la Guia de Bones Pràctiques del Conveni, on es podrà designar més d'una autoritat central, i aquesta és la possibilitat dels Estats federats. Aquest mateix document¹⁶ estableix els principis rectors per al funcionament de les Autoritats Centrals, i aquests són la cooperació, la comunicació, la coherència, suficiència de recursos i poders, procediments expeditos, transparència i aplicació progressiva.

Aquestes són les que reben les peticions dels ciutadans per tal que un menor sigui restituït al seu país de residència habitual, i hauran de cooperar entre sí, així com prendre les mesures corresponents per localitzar al menor, adoptar possibles mesures cautelars o assegurar el dret de visites de l'altre progenitor.

1.1.6. PROCEDIMENT

El **procediment** s'inicia un cop es contacta amb aquesta Autoritat Central per part de la persona o institució que tingui la convicció que el menor del qual n'ostentava la custòdia ha estat traslladat

¹⁶ Conferència de La Haia de Dret Internacional Privat, *Guia de bones practiques en virtut del Conveni de La Haia de 1980 sobre els aspectes civils de la sostracció internacional de menors*. Primera part. Pràctica de les Autoritats centrals, 2003. Pàg.12.

il·licitament (s'ha de tenir en compte que actualment es donen altres modalitats que el Conveni no preveu, com que el sostractor sigui el progenitor o parent custodi). L'article 8 és el que conté el que ha d'incloure la sol·licitud. Entre d'altres haurà de constar informació sobre les parts – demandant, sostractor i menor- o informació sobre el lloc on presumptament ha estat traslladat el menor. Seguidament l'Autoritat Central que ha rebut la sol·licitud la haurà de remetre a l'Autoritat Central de l'Estat on se suposi que ha estat traslladat el menor. A partir d'aquí, la norma general és la restitució immediata del menor, però aquesta no serà ordenada a un progenitor o parent en concret, sinó al país de residència habitual abans del trasllat, donat que el Conveni no pot entrar en qüestions de fons, com seria decidir a qui s'atorga el dret de custòdia. Aquesta regla busca evitar la ruptura de les relacions tant personals com socials que el menor pogués tenir en aquell Estat, així com funcionar de desincentiu a possibles futures sostraccions.

Però com bé indica l'article 13, la autoritat administrativa o judicial de l'Estat requerit pot oposar-se a la restitució per una sèrie d'excepcions que hauran d'estar especificades al propi Conveni. Aquestes queden taxades als articles 12, 13 i 20 del Conveni, i hauran de quedar provades davant l'Autoritat general perquè aquesta decideixi a favor del no retorn. Les excepcions són les següents:

1. Pel **transcurs de més d'un any** en el moment en què s'inicien els procediments i en conseqüència la **integració en el nou medi** per part dels menors traslladats o retinguts de manera il·lícita. No es tracta d'un termini de caducitat, sinó que l'element temps afavoreix al progenitor sostractor en quant permet acreditar que el menor s'ha acabat integrant al nou medi. Per tant, es pot donar el cas que, tot i havent passat un any, no es pugui demostrar aquesta integració i la autoritat judicial competent ordeni el retorn.

PÉREZ-VERA es pronuncia en el seu informe sobre una sèrie de qüestions importants. En primer lloc, el moment en que es comença a comptar el termini. Indica que el còmput comença a partir del dia en que el menor hauria d'haver estat retornat a la persona que n'ostenta la custòdia, o quan aquesta persona en va negar a que el menor estigués fora del seu país de residència habitual. En segon lloc, fa al·lusió a la extensió del termini. Es fixa un termini únic d'un any per les dificultats que comporta la localització del menor. En tercer i últim lloc, el moment en què expira aquest termini, i aquest és el moment en què es presenta la demanda de retorn, donat que si es confiés a la resolució judicial, un possible retràs per part de les autoritats judicials aniria en detriment del dret del progenitor demandant.

Sobre aquest aspecte es pronuncia la Sentència de l'Audiència Provincial d'Astúries nº38/2003 (Sala Civil, Secció 7ª), de 5 de març. La mare, resident a Argentina, es trasllada en companyia de dos fills menors a Espanya, lloc de residència del pare. Per motius familiars ha de retornar al seu país d'origen, deixant els menors en companyia del pare. Passat el termini d'un any i quatre

mesos promou el procediment de restitució dels fills menors, al·legant la retenció il·lícita d'aquests per part del pare, i el pare al·lega que la situació és consentida per part de la mare. Però la sentència afegeix un altre concepte lligat al termini d'un any, i aquest és el que cita l'art. 12.2 del Conveni “*que els menors hagin quedat integrats al seu nou medi*”, i aquest ha quedat demostrat amb la escolarització dels menors a la ciutat de Gijón.

En la Sentència de l'Audiència Provincial de Sevilla nº 187/2004 (Sala Civil, Secció 6ª), de 16 de setembre, s'utilitza l'article 12 per denegar la devolució dels fills menors des de Sevilla a Colòmbia, donat que durant un període de quatre anys els menors havien residit a Espanya en companyia de la mare i la nova parella d'aquesta, i havien estat escolaritzats, per tant el tribunal no veu dubtes en que ha quedat demostrada la seva integració en el nou medi social, familiar i educatiu, fet que permet denegar el retorn.

2. **No exercir la custòdia de manera efectiva.** Donat que el Conveni persegueix que el dret de custòdia es pugui exercir de forma efectiva, l'article 13 estableix que les autoritats competents de l'Estat sol·licitat no tindran la obligació de restituir o retornar al menor quan la part demandant no vingues exercint, amb anterioritat a la retenció o trasllat, el dret de custòdia de manera efectiva. És a dir, el sostractor tindrà la càrrega de la prova i haurà de demostrar que l'altre part no tenia cura del menor ni vetllava pel mateix. És important recordar que la persona sostractora i la persona encarregada de la custòdia pot coincidir o no.

Es podrà trencar la regla general també quan la persona o institució demandant hagués **consentit o acceptat amb posterioritat** el trasllat o retenció. Es pronuncia sobre aquest element la Sentència de l'Audiència Provincial de Las Palmas nº 118/2003 (Sala Civil, Secció 3ª), de 2 de juliol. Diu literalment que de l'examen de les actuacions es desprèn que el pare dels menors, resident a Argentina, no es va oposar al trasllat a Espanya dels seus fills, en companyia i custòdia de la seva muller, mare dels menors, i inclús es va firmar un poder notarial per ambdós progenitors acordant la autorització de sortida a l'estranger dels fills en companyia de qualsevol dels dos progenitors per un període de deu anys. En el citat pacte no hi constava cap límit a les estàncies dels menors a l'estranger. A més concorre l'existència de documents manuscrits pel pare on s'acomiadava dels seus fills. Per tant en aplicació de l'art. 13.a del Conveni es nega el retorn dels menors.

3. Existència d'un **greu risc de que la restitució del menor l'exposi a un perill físic o psíquic o en situació intolerable.** És la excepció a la que més cops s'acudeix per part de les persones sostractores, i igual que en el primer supòsit la càrrega de la prova correspon a qui al·lega la excepció.

És precís que els tres conceptes que integren el precepte – això és greu risc, dany físic o psíquic i situació intolerable-, s’hauran d’analitzar de manera restrictiva i sempre hauran de concorre i provar-se en el cas concret, utilitzant-los només en casos molt excepcionals, i això respon a intentar evitar una interpretació inapropiada que podria comportar per part del tribunal encarregat de la causa d’entrar en qüestions de fons.

Sens dubte els conceptes s’hauran de constatar en relació al menor o menors sobre els quals es discuteixi el retorn, en cap cas es podrà referir a altres familiars, sempre i quan no quedi provat que el retorn suposaria greu risc per a la mare, el pare o qualsevol altre familiar i d’això se’n derivi un gran greuge pel menor.

No es causa al·legable el fet que el menor es trobi a gust al nou país, o que la seva restitució sigui dolorosa en quant suposaria tristesa per allunyar-se del progenitor sostractor. El greu risc no pot consistir en mers inconvenients com la feina del progenitor demandant, o els problemes de llenguatge del menor que hagi de ser retornat, sinó que ha de suposar un perill real, i aquests inconvenients no són majors que els que li podrien suposar al menor romandre a l’Estat de refugi (Interlocutòria Audiència Provincial d’Almeria nº 28/2004 (Secció 3ª), de 30 d’abril).

El dany físic i psíquic no tant sols s’havia de donar en la situació en la que es trobaven els menors abans de ser traslladats, sinó que s’ha de mantenir en el moment del retorn. La interlocutòria de l’AP d’Illes Balears (Secció 4ª) nº58/2003 de 23 d’abril denega un retorn per aquests motius, donat que abans del trasllat de les menors des del Regne Unit a Palma de Mallorca el pare havia agredit físicament a la mare en episodis d’embriaguesa i mentre aquesta estava hospitalitzada, havia abandonat a les menors de 3 i 5 anys al domicili familiar. Així mateix, les menors manifesten davant les autoritats britàniques que no volen estar en contacte amb el seu pare a causa de les diverses ocasions on han pogut observar episodis de violència contra la mare.

4. La **voluntat del menor** s’ha de tenir en compte sempre i quan resulti apropiat, i per a això és essencial que hagi assolit un grau de maduresa suficient i certa edat. L’òrgan judicial encarregat del cas, quan es donin aquestes circumstàncies, estarà obligat a tenir en compte la opinió del menor, però en cap cas haurà de resoldre conforme aquests pensaments, només ho haurà de tenir en compte valorant conjuntament la opinió amb la resta d’elements del cas.

El grau de maduresa no ha de coincidir expressament la edat real del menor. Tampoc es pot establir un mínim d’edat per tenir en compte els pensaments, sinó que s’haurà d’atendre a la casuística i valorar cada cas i cada menor en concret. Aquest precepte conté alguns riscos que la pròpia doctrina ha assenyalat, com per exemple que la opinió del menor es vegi alterada o viciada pel sostractor, o que estigui en tal situació de tensió que es vegi obligat a escollir un o altre

progenitor. Una de les possibles solucions és que no es deixi la valoració de la maduresa només en mans del jutjador, sinó que es doni suport amb dictàmens d'experts.

No hi ha un criteri unitari ni en la pròpia jurisprudència espanyola, malgrat alguns tribunals utilitzen la llei del país on el menor hi té una relació més estreta, i així queda demostrat quan la Sentència de l'Audiència Provincial de Sevilla (Secció 2^a) n^o 185/2008 de 12 de setembre, resol un procediment de restitució de menor denegant el retorn del menor de 5 anys a Asunción (Paraguay) quan de la seva exploració se'n desprenen declaracions com que no vol tornar a Paraguay amb el seu pare perquè aquest el renyava i picava, així com que es troba molt bé a Espanya acompanyat de la seva mare i la actual parella d'aquesta i dels seus amics espanyols. En el pronunciament de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 18^a) n^o 164/2004 de 23 de juny la resolució de retorn s'adopta tot i que la voluntat del menor és no tornar a Alemanya. El menor, d'onze anys, al·lega que la parella de la mare el maltracta –tot i no estar provat-, que en ocasions l'agredeix físicament, i que es vol quedar a Espanya en companyia del pare i la família materna, que també viu aquí. El Tribunal resol dient que *no pot basar una decisió de restitució en la simple opinió del menor*, tot i ser sòlida i constant, *en quant es dona una edat inferior a la mínima que la legislació aplicable estableix amb caràcter general per a ser escoltat*. Afegeix finalment que el discurs del nen no és madur, tot i havent-se demostrat una intel·ligència superior a la que per edat li correspon.

5. Quan la restitució vulneri els **principis fonamentals de l'Estat requerit en matèria de protecció de drets humans i de les llibertats fonamentals**. Així ho disposa l'article 20 del Conveni, configurant aquesta clàusula d'ordre públic. Alguns exemples ens els citen autors com CALVO-CARAVACA i CARRASCOSA, quan diuen que serà possible denegar la restitució si aquesta infringeix la llibertat religiosa del menor. També si en l'Estat d'origen es practica la mutilació genital femenina o s'incompleteixen els drets fonamentals dels menors¹⁷.

Per últim senyalar que, quan s'hagi denegat la restitució d'un menor o en cas que no s'hagi presentat una sol·licitud de retorn durant un temps prudencial, els òrgans judicials o administratius de l'Estat on el menor hagi estat traslladat o retingut il·licitament podran entrar a decidir sobre les qüestions de fons, això és sobre el dret de guarda i custòdia i el dret de visites. El fet d'existir resolució sobre aquestes qüestions a l'Estat requerit no serà cap obstacle.

¹⁷ José Miguel DE LA ROSA CORTINA (2010). *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales* (1^a Ed). València: Tirant Lo Blanch. Pàg. 163

1.2. EL CONVENI DE LUXEMBURG DE 20 DE MAIG DE 1980, RELATIU AL REONEIXEMENT I LA EXECUCIÓ DE DECISIONS EN MATÈRIA DE CUSTÒDIA DE MENORS, AIXÍ COM LA RESTTUCIÓ D'AQUESTA CUSTÒDIA.

El present Conveni de Luxemburg (en endavant CL80), va ser ratificat per Espanya mitjançant instrument d'1 de maig de 1984, i publicat al BOE l'1 de setembre de 1984. Es pot observar que es va ratificar abans que el Conveni de La Haia, el qual es va ratificar l'any 1987.

El CL80 té dos objectius, el primer d'ells és assegurar el reconeixement i la execució de decisions sobre dret de custòdia de menors, així com la restitució de menors traslladats d'un Estat contractant a un altre, de manera il·lícita, en molt determinades ocasions. El mecanisme que utilitza per al primer descrit és l'exequàtur¹⁸.

Per tant veiem que es un Conveni que majoritàriament vetlla més pel reconeixement i la execució de decisions¹⁹, i en menor mesura per la cooperació entre els Estats contractants.

1.2.1. ÀMBIT D'APLICACIÓ

Igual com succeeix al Conveni de La Haia, el CL80 queda limitat a la sostracció de menors de 16 anys. Però se n'estableix un altre en quant a la aplicació personal del Conveni, i és que el menor, segons la Llei del país de residència habitual o de la seva nacionalitat o segons el que disposi la legislació de l'Estat requerit, no ha de tenir dret a fixar la seva residència²⁰.

En quant a l'àmbit d'aplicació territorial, queda reduït al territori dels Estats contractants, no operant aquest Conveni sobre cap Estat que no l'hagi ratificat. A data 2 de març de 2016, el

¹⁸ El funcionament d'aquest mecanisme opera quan una persona es veu privada del seu dret de custòdia o de visites, el qual li havia sigut atribuït mitjançant una resolució dels tribunals del seu país, donat que una altra ha traslladat al menor a un país de refugi. Aleshores la persona perjudicada ha d'instar aquest exequàtur al país on ha sigut traslladat el menor, és a dir, demana que la sentència dictada pel país de residència habitual sigui reconeguda a l'Estat de refugi i d'aquesta manera es podrà fer executar al mateix país, obtenint la restitució del menor.

¹⁹ El Pròleg del Conveni de Luxemburg de 1980 estableix que *“considerant que la institució de mesures destinades a facilitar el reconeixement i la execució de resolucions relatives a la custòdia de menors assegurarà una millor protecció dels interessos d'aquests últims”*, i d'aquesta manera subratlla la importància que té l'exequàtur pel Conveni.

²⁰ Article 1 Conveni de Luxemburg de 1980: *“Als efectes del present Conveni s'entendrà: Per <menor>: una persona, qualsevol que sigui la seva nacionalitat, sempre que la seva edat sigui inferior als setze anys i que no tingui dret a fixar la seva residència, segons la Llei de la seva residència habitual o de la seva nacionalitat o segons la legislació interna de l'Estat requerit”*.

Conveni ha estat ratificat per 37 països²¹, tot i que alguns, com és el cas d'Espanya, han formulat reserves respecte alguns articles del mateix.

1.2.2. SISTEMA D'AUTORITATS CENTRALS

Els Estats part del CL80 tenen la obligació, per mandat de l'article 2, de designar un òrgan que serà l'encarregat de dur a terme les funcions que descriu el propi Conveni. Aquests òrgans són les Autoritats Centrals. El perjudicat s'haurà de dirigir a la Autoritat Central de l'Estat on hagi sigut traslladat el menor per promoure diferents actuacions com pot ser, entre d'altres, interposar l'exequàtur i per tant demanar el reconeixement d'una resolució, per localitzar el menor o per assegurar l'entrega del mateix.

Al nostre país, l'òrgan designat l'any 1984 mitjançant l'instrument de ratificació com a Autoritat Central, va ser la Subsecretària del Ministeri de Justícia. No obstant, en virtut del que disposa el RD 1125/2008, de 4 de juliol, pel qual es desenvolupa la estructura orgànica bàsica del Ministeri de Justícia, concretament a l'article 11, actualment l'òrgan que ha de ser considerat Autoritat Central és la direcció General de Cooperació Jurídica Internacional²².

En el moment en que una Autoritat central rep una sol·licitud, haurà d'establir una comunicació amb la Autoritat central de l'Estat requirint per tal de facilitar la execució del CL80. A més, en el termini més breu possible haurà d'adoptar les mesures necessàries per localitzar al menor, per assegurar-ne la entrega un cop executada la resolució o informar al demandant sobre les mesures adoptades per resoldre la seva demanda (art.5.1). Si d'aquestes actuacions se'n desprèn que el menor resulta estar a un altre Estat part, aleshores s'hauran de remetre tots els documents sobre el procés a aquest nou Estat.

Segueix anunciant l'article 5, que el demandant només s'haurà de fer càrrec de les despeses que s'ocasionin amb el retorn del menor. Per a la resta, els Estats contractants no exigeixen cap tipus de pagament, ni per les costes processals ni per la intervenció d'advocats.

En cas que la sol·licitud d'execució presentada pel demandant a l'Estat requerit sigui denegada, la Autoritat central serà competent per estimar, si es dona el cas, la petició del mateix demandant

²¹ <http://www.coe.int/es/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105/signatures>. [16/03/2016]

²² L'art. 11 del RD 1125/2005 disposa el següent respecte la Direcció General de Cooperació Jurídica Internacional: "l'estudi i tramitació dels expedients resultat de la execució i aplicació dels convenis i tractats internacionals en matèria [...] de sostracció de menors [...] així com d'aquells altres tractats o convenis en aplicació o execució dels quals el Ministeri de Justícia assumeixi la condició d'autoritat central.

de entrar a conèixer sobre el fons. A més haurà de vetllar perquè el procediment es digui a terme en igualtat de condicions que a un nacional d'aquell Estat (art. 5.4).

Pel que fa a l'idioma amb el que les Autoritats centrals es comuniquen, en primer lloc preval els acords als que puguin arribar entre elles, així com també poden formular reserves al que disposa l'article 6.1.b, conforme al qual una Autoritat central que hagi estat requerida haurà d'acceptar comunicacions en francès o anglès, o quan en qualsevol cas estiguin traduïdes a una d'elles. En cas de no existir pacte ni reserves, les comunicacions s'hauran de redactar en l'idioma oficial o en alguns dels oficials de l'Estat al que s'adreixin o, en altre cas, traduïda a la mateixa.

Aquestes reserves es troben a l'article 27 i només es podran formular respecte l'article 6, 17 i 18. El moment processal per fer-les és en el moment de la firma o quan l'Estat ha de ratificar, acceptar, aprovar o adherir-se al Conveni. Espanya ha fet ús d'aquesta reserva i no accepta les comunicacions redactades en anglès o francès o traduïdes a alguna d'aquestes llengües.

1.2.3. SISTEMA D'AUTORITATS COMPETENTS PER LLIURAR L'EXEQUÀTUR

Els Estats contractants han de tenir algun òrgan que sigui l'encarregat del reconeixement i, en el seu cas, execució de resolucions sobre custodia dictades per qualsevol altre Estat part.

A Espanya, aquest reconeixement correspon als Jutjats de Primera Instància, ja que així ho estableix l'article 85.5 LOPJ "coneixeran de les sol·licituds de reconeixement i execució de sentències i demés resolucions judicials estrangeres i de la execució de laudes o resolucions arbitrals estrangeres, a no ser que, d'acord a allò acordat als tractats i altres normes internacionals, correspongui el seu reconeixement a un altre Jutjat o Tribunal".

Per tant, al nostre país, l'autoritat competent per lliurar aquest exequàtur és el Jutjat de Primera Instància del domicili de la part contra qui es demana el reconeixement i execució de la resolució, o en el seu cas del menor. En cas que el menor no es trobi a Espanya, aquest exequàtur esdevé impossible. Quan l'exequàtur no procedeixi per ser aplicable l'art. 8 del CL80, serà competent el Jutjat o Tribunal amb seu a la capital de província de la circumscripció on sigui trobat el menor, amb competències en dret de família.

1.2.4. EXCEPCIONS AL RETORN DEL MENOR

Primerament cal destacar que l'article 8 tracta de fer més àgil el procés de l'exequàtur indicant una sèrie de casos on no es podrà al·legar cap dels motius d'oposició previstos al propi CL80, per tant s'haurà de procedir a una restitució immediata del menor. Aquí la devolució no precisa l'exequàtur de cap resolució, ja que l'únic que haurà de succeir és que l'Autoritat central localitzi al menor i n'ordini el retorn a l'Estat requirent. La base d'aquest article és, clarament, la confiança mútua que ha de regir entre les Autoritats dels diferents Estats contractants.

Pot ser que la llei interna de l'Estat requereixi prevegi un procés judicial pel retorn del menor, aleshores aquest s'haurà de tenir en compte però tampoc es podrà al·legar cap dels motius de denegació dins aquest procediment (Art. 8.2). Falten per descriure dos supòsits on tampoc tindrà lloc l'exequàtur:

- a. En paraules dels Drs. CALVO i CARRASCOSA, no hi haurà lloc a l'exequàtur quan es doni una *internacionalització fictícia d'un supòsit intern*. És a dir, quan els pares i el menor ostentin la nacionalitat de l'Estat on va dictar-se la resolució i a més que el menor tingui la seva residència habitual en aquest mateix. És requisit que la sol·licitud de restitució s'hagi presentat davant l'Autoritat corresponent abans del termini de sis mesos des que va tenir lloc el trasllat. (Art. 8.1)

- b. Quan existeixi un acord homologat per una autoritat judicial, entre la persona que tingui la custòdia i una altra persona –la que ostentarà el dret de visita-, i aquesta última traslladi al menor a l'estranger en un dels períodes que li correspon estar en companyia del menor, no restituint-lo a la persona custòdia al finalitzar el mateix. Igual que en el supòsit anterior, la sol·licitud de retorn també s'haurà d'haver presentat davant l'Autoritat central dins del termini de sis mesos des que es va produir el trasllat del menor.
La restitució també serà immediata quan s'infringeixi el dret de la persona no custòdia. (Art. 8.3)

Els supòsits on es podrà denegar l'exequàtur d'una resolució estan taxats als articles 9 i 10 del CL80, i són els dos següents:

- a. Quan no es donen els casos descrits *ut supra*, però la persona perjudicada ha presentat la sol·licitud de retorn en el termini de sis mesos a comptar des del trasllat del menor, serà necessari l'exequàtur. No obstant, es podrà denegar quan concorri alguna d'aquestes circumstàncies:

- Per infracció dels drets de defensa del demandat a causa de no haver notificat degudament la notificació per la qual s'incoa el procediment o haver-ho fet de manera errònia. Si aquesta falta o defecte és imputable al propi demandat per haver ocultat el lloc on es troba, no serà causa de denegació de l'exequàtur (art. 9.1.a)
 - Per falta de competència de la autoritat que va dictar la resolució en absència del demandant o si no hi va ser present el seu representant legal (art. 9.1.b)
 - Per la incompatibilitat entre la resolució sobre la custòdia que ja tenia força executiva a l'Estat d'origen i una resolució en l'Estat de destí (art. 9.1.c)
- b. Per últim, l'article 10 recull els motius de denegació de l'exequàtur quan la sol·licitud de retorn del menor i el mateix exequàtur es presenten passats sis mesos des que va produir-se el trasllat del menor. A part dels que contempla l'article 9, s'hi afegeixen els següents:
- Si els principis fonamentals del dret pels quals es regeixen la família i els fills a l'Estat requerit són incompatibles amb la resolució estrangera.
 - Si es comprova que, produït un canvi en les circumstàncies, afegint el pas del temps però no el canvi de residència il·lícita del menor, els efectes de la resolució dictada a l'Estat d'origen no concorden amb l'interès del menor.
 - Si quan es va iniciar el procediment a l'Estat d'origen el menor tingués la nacionalitat o la residència habitual a l'Estat requerit i ja no guardes cap d'aquests vincles amb l'Estat d'origen; o si el menor tingués la doble nacionalitat de l'Estat d'origen i l'Estat requerit, així com la residència habitual a aquest últim.
 - Quan hi ha incompatibilitat de la resolució dictada a l'Estat requerit o en un tercer Estat, sempre que sigui executòria a l'Estat requerit com a conseqüència d'un procediment iniciat abans de presentar-se la sol·licitud de reconeixement o execució, en cas que la denegació es correspongui amb l'interès del menor.

El problema en relació a les causes de denegació de l'exequàtur es presenta amb l'article 17, que permet als Estats contractants formular reserves conforme a les quals podran denegar el reconeixement i execució de resolucions per qualsevol dels motius enumerats als articles 8, 9 i 10. S'ha d'anar en compte, ja que si d'entrada sembla que el Conveni es basa en l'interès del

menor per establir el sistema de confiança mútua, el segon apartat d'aquest article 17 el pot deteriorar, perquè permet als Estats part en base a la reciprocitat, denegar el reconeixement i execució de resolucions que procedeixin d'altres Estats contractants que també hagin formulat la reserva.

1.2.5. DRET DE VISITA

Per al cas de resolucions que continguin alguna disposició sobre dret de visita d'un menor, es procedirà al seu reconeixement i execució de la mateixa manera que per a les resolucions que versen sobre el dret de custòdia. No obstant, i apreciament els possibles acords entre les parts, la Autoritat competent a l'Estat requerit té la facultat de poder establir modalitats al compliment i exercici del dret de visita.

Quan no s'ha pogut adoptar una resolució sobre el dret de visita o reconèixer i executar-ne una altra relativa a la custòdia del menor, es dóna la situació excepcional on els òrgans judicials o administratius de l'Estat requerit podran decidir sobre el fons de l'assumpte. És a dir, les autoritats competents, per mandat de l'Autoritat central i sempre a petició de la persona que ostenta aquest dret, podran resoldre el que creguin procedent en relació al citat dret de visita.

1.2.6. PROCEDIMENT

Ja s'ha esmentat anteriorment que la base del Conveni es troba en la confiança mútua entre els Estats parts, que permet que es pugui establir una cooperació entre ells i així aconseguir la finalitat del propi CL80, que és vetllar per l'interès del menor – a través del reconeixement de la resolució i consegüent retorn del menor-. És per això que el procediment és senzill, ràpid i gratuït.

D'entrada poden tenir lloc dos coses:

- Que existeixi una resolució judicial prèvia, la qual contindrà pronunciaments com quina persona ostenta la custòdia del menor i quina el dret de visites. I a partir d'aquesta qui ostenta el segon dret és qui trasllada o reté al menor amb sí mateix a un altre Estat. O bé,
- Que no existeixi cap pronunciament judicial sobre la custòdia i dret de visites, ni un acord entre les parts, i que un dels dos progenitors aprofiti aquesta situació per sostreure al menor a un país diferent d'on venia residint habitualment.

Començarem per veure què passa amb el segon cas, donat que és el més concís. Podria semblar que el CL80 no seria d'aplicació en aquest cas, però l'article 12 preveu aquests casos disposant que quan en el moment del trasllat del menor no existeixi una resolució executòria prèvia, seran d'aplicació posteriors resolucions que declarin aquest trasllat il·lícit, sempre que siguin dictades en un Estat contractant. Per tant el progenitor que es veu privat de la companyia del seu fill menor haurà d'acudir als tribunals del seu país per sol·licitar que es declari il·lícit el trasllat o retenció, i a continuació iniciar l'exequàtur a l'Estat on es trobi el menor, utilitzant l'article 9 si encara no han transcorregut sis mesos o el 10 en cas contrari.

Per al primer cas, que és el més habitual, el procediment s'inicia mitjançant la sol·licitud de la persona interessada, que es dirigirà a les Autoritats centrals de qualsevol dels Estats contractants. La sol·licitud s'acompanyarà del document que habiliti a la Autoritat central de l'Estat requerit per actuar en nom del sol·licitant o per designar-ne un representant; el testimoni de la resolució; els documents que permetin acreditar la notificació de l'inici del procediment al demandat, per al cas de resolucions dictades en absència d'aquest; altres documents que verifiquin la executorietat de la resolució a l'Estat requerit; en la mesura del possible, un document que indiqui on pot localitzar-se al menor; i per últim un seguit de propostes per al restabliment de la custòdia del menor.

Pot succeir que la sol·licitud es presenti a una Autoritat central que no és la de l'Estat requerit. En tal cas, es precisa la remissió de la sol·licitud i tots els documents que l'acompanyen a l'Autoritat de l'Estat on es presumeixi que es troba el menor, de manera directa.

D'altra banda, la sol·licitud es pot haver enviat correctament a l'Autoritat central de l'Estat on es troba el menor traslladat sense dret.

En qualsevol d'aquestes dues situacions es pot donar el cas que l'Autoritat central que ha rebut la sol·licitud no aprecii les circumstàncies que preveu el Conveni. Aleshores es podrà negar a intervenir en el procés tant de reconeixement de la resolució com a la posterior restitució del menor. Contra aquesta decisió no hi cap recurs, malgrat la persona interessada pugui dirigir-se de manera particular a les autoritats de l'Estat on hagi sigut traslladat el menor i entaular-hi l'exequàtur.

Si pel contrari l'autoritat creu que sí concorren els requisits del Conveni, entrarà a conèixer la sol·licitud, i ho farà per la via dels articles 778 quàter i següents de la LEC. L'Advocat de l'Estat és l'encarregat d'actuar en representació de l'Autoritat central.

1.2.7. EL CONVENI A LA PRÀCTICA

En comparació amb el Conveni de La Haia, el present conveni és de menys importància i per tant la seva aplicació és molt inferior. Els motius són la falta d'agilitat i la llarga durada del procediment de reconeixement i execució de sentències estrangeres. Així mateix, la majoria d'Estats que formen part del CL80 també ho són del Conveni de La Haia, i prefereixen tramitar les sol·licituds de retorn que els arriba per aquest segon, ja que és més ràpid i sense tanta tramitacions.

A continuació, vegem algunes sentències dictades per òrgans judicials espanyols en relació al CL80:

- *Sentència del Tribunal Suprem 3051/2006 (Sala civil, Secció 1^a), de 23 de maig. (R 766/2003)*

El cas versa sobre una mare resident a Itàlia que sol·licita dels tribunals espanyols el reconeixement de dos resolucions dictades pel Tribunal de Menors de Gènova (Itàlia). La segona, de data 23 d'octubre del 2000 modifica parcialment la primera resolució, de 7 de febrer del mateix any en el sentit de suspendre la pàtria potestat del demandat (pare) sobre els seus fills menors, així com el règim de comunicacions amb els mateixos.

En el Fonament Jurídic primer la Sala deixa clar que la finalitat del procediment no és cap altre que la de dictar una resolució declarativa sobre el reconeixement i la homologació del que es deriva de les dues sentències italianes. Defineix el caràcter del tribunal com a "homologador", donat que no poden entrar a realitzar actuacions processals dirigides a assegurar la execució, ni tampoc pot establir mesures cautelars. Aquests actes s'hauran de sol·licitar davant l'òrgan que sigui competent en l'execució de les sentències.

El Fonament Jurídic tercer posa de manifest que no concorre cap de les circumstàncies enumerades als articles 9 i 10 (causes de denegació de l'exequàtur), així com també es corrobora la fermesa de les resolucions al país d'origen i les garanties de defensa i audiència al primer procés. Per aquest motiu la Sala acorda **atorgar** l'exequàtur de les dos resolucions dictades pel Tribunal de Menors de Gènova

- *Interlocutòria de l'Audiència Provincial d'Astúries 2193/2000 (Sala civil, secció 4^a), de 14 de novembre. (R 846/1999)*

Versa sobre un recurs d'apel·lació presentat per l'Advocat General de l'Estat, si bé aquest no està d'acord amb la resolució dictada pel jutge de primera instància, qui desestima la sol·licitud de retorn. La mare, amb residència habitual a Brussel·les (Bèlgica) sol·licita la restitució de la menor Lorena a l'anterior lloc de residència habitual, per tant a Brussel·les.

El procés es desenvolupa per vies del CL80, mitjançant el qual es denega l'exequàtur per apreciar un dels motius establerts a l'article 10 del mateix Conveni. Abans de tot, la Sala no aprecia el mateix motiu que el jutge de primera instància. Aquest és el de l'article 10.1.b), i la Sala diu que aquest no possibilita la negativa al compliment de la sentència dictada a Bèlgica, ja que en el moment de dictar-se la menor ja residia amb el seu pare i la muller d'aquest, i per tant no existeixen modificacions de les circumstàncies. No obstant, sí que es corrobora la excepció establerta a l'article 10.1.c) i), ja que en el moment d'iniciar-se el procediment a l'Estat d'origen la menor ja ostentava la nacionalitat espanyola i residia a Espanya per més d'un any. A part, i reforçant aquest motiu de **denegació** de l'exequàtur, s'acredita que l'interès de la menor desaconsella un nou trasllat a Bèlgica, en companyia de la mare. La prova en són les declaracions de la pròpia menor, que té 12 anys d'edat, i l'informe psicosocial, el qual diu que un possible trasllat comportaria alteracions en la conducta podent adoptar conductes inadequades així com desestabilitzar el seu desenvolupament evolutiu.

- *Sentència de l'Audiència Provincial d'Ourense 18/2000 (Sala civil, secció 2ª), de 29 de setembre (R 2000/30223).*

Es tracta del trasllat d'un menor a Espanya, el qual té la residència habitual a Portugal, per part de la mare del mateix, no retornant-lo al país veí i impedit el dret de custòdia que se li havia atribuït la tia paterna en sentència de 3 de desembre de 1990 del jutjat de Mesao Frio (Portugal). La familiar custòdia insta el procediment descrit al CL80 per infracció de l'article 8, davant els tribunals espanyols, on l'advocat de l'Estat s'afegeix a la pretensió de retorn del menor, motiu pel qual es recorre la sentència dictada a primera instància. Tant en el primer procediment com en aquest segon, la part apel·lada al·lega els motius de denegació de l'exequàtur continguts als arts. 9 i 10 CL80, però el tribunal estima que no són procedents i que tampoc ho són les reserves formulades en virtut de l'article 17 sobre els articles 9 i 10, ja que encara que en un primer moment aquestes reserves van ser incloses a l'instrument de ratificació de l'any 1984, un any després es van anul·lar.

Apareix en aquesta sentència el Conveni de La Haia, utilitzant-lo conjuntament amb el CL80 per determinar, finalment, que procedeix la restitució del menor amb la seva tia, qui n'ostenta la custòdia.

2. NORMATIVA COMUNITARIA

2.1. EL REGLAMENT (CE) 2201/2003 DEL CONSELL DE 27 DE NOVEMBRE DE 2003.

2.1.1. ANTECEDENTS

D'ençà que es va establir la lliure circulació pel territori europeu com a conseqüència de la creació de l'espai de llibertat, seguretat i justícia, va resultar necessari instaurar unes mesures de cooperació judicial, sobretot en l'àmbit del Dret de família per ser un àmbit sobre el qual els diferents Estats tenen normes molt heterogènies. Per tant la creació de normes d'unificació va ésser un dels principals objectius, sobretot pel que fa a la competència judicial internacional, i el reconeixement i execució de sentències.

Una primera aproximació la trobem en les Conclusions de la reunió del Consell d'Europa a Tampere de l'any 1999, on es diu que en matèria de família el primer pas que s'ha de dur a terme és eliminar els procediments i reconèixer les resolucions de manera automàtica dins de la Unió.²³

Troblem que la primera eina adoptada per a aconseguir la ja mencionada finalitat sobre la unificació, va ésser el Reglament 1364/2000 del Consell, de 29 de maig de 2000, relatiu a la competència, el reconeixement i la execució de resolucions judicials en matèria matrimonial. Però aquest tant sols contenia un article relacionat amb la sostracció de menors i no eliminava l'exequàtur, com havia proposat el Consell. L'article 4 només establí quins eren els òrgans competents per conèixer els supòsits de sostracció internacional de menors conforme el Conveni de La Haia de 1980.

L'últim i definitiu pas va ser la aprovació del Reglament 2201/2003, també anomenat Reglament Brussel·les II bis, que versa sobre competència, reconeixement i execució de resolucions judicials en matèria matrimonial – separacions, divorcis i nul·litats matrimonials- i, a diferència del seu

²³ Conclusió 34: “En materia civil, el Consejo Europeo pide a la Comisión que formule una propuesta para reducir aún más las medidas intermedias que siguen exigiéndose para el reconocimiento y ejecución de una resolución o sentencia en el Estado requerido. El primer paso ha de consistir en suprimir dichos procedimientos intermedios para los expedientes relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía y para determinadas sentencias en el ámbito de los litigios familiares (por ejemplo, demandas de pensión alimenticia y derechos de visita). De ese modo, dichas resoluciones se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución. Ello podría ir acompañado del establecimiento de normas mínimas sobre aspectos concretos del Derecho procesal civil”. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm [04/04/2016]

antecessor legislatiu, també sobre responsabilitat parental. Per tant deroga l'anterior, el 1347/2000.

2.1.2. NOVETATS DEL REGLAMENT 2201/2003

És necessari apuntar en primer terme, que el Reglament es va crear en base al Tractat d'Amsterdam, que recollia la denominada “comunitarització del tercer pilar”, és a dir, la cessió de competències dels Estats membres cap a la Unió Europea, el que comporta òbviament la cessió en matèria de dret civil i en concret del dret de família. D'entre tots els mecanismes possibles, la Unió per a aquest àmbit emprà el Reglament perquè comporta eficàcia directa i de primàcia respecte els ordenaments nacionals, ja que un cop ha sigut publicat al Diari Oficial de la Unió Europea i un cop entrat en vigor forma part del Dret intern gaudint de superioritat respecte les seves normes originàries.

El naixement del Reglament també va venir determinat pel problema que el Conveni de La Haia deixava “a l'aire”, i era què passava quan un Estat acordava no retornar al menor i seguia sense poder resoldre sobre les qüestions de fons de l'assumpte. Problema afegit era el dels progenitors que tampoc retornaven a l'Estat on el menor tenia la residència habitual a regularitzar la situació, fet que comportava que la nova realitat fos provisional. El Reglament vol modificar aquesta situació establint la competència final en mans dels òrgans judicials de l'Estat de l'anterior residència habitual, de manera que aquest podrà dictar una última resolució un cop l'Estat requerit hagi dictat la seva, i si resol de manera favorable a la restitució s'haurà de fer efectiva sense necessitat de reconeixement i execució.

Per tant el que fa és desenvolupar el sistema del Conveni de La Haia afegint una sèrie de garanties addicionals encaminades a la restitució immediata del menor, com normes de competència judicial internacional. Però sens dubte, la novetat que suposarà un canvi radical en la celeritat dels procediments relacionats amb la sostracció internacional de menors és la supressió de l'exequàtur, que comporta la confiança i cooperació interestatal per reconèixer de manera immediata i sense cap tràmit processal les resolucions d'un Estat membre a un altre en temes de sostracció internacional de menors a fi de l'interès superior del menor. Aquesta eliminació de l'exequàtur només es refereix a certes decisions relacionades amb la sostracció de menors i al dret de visita, i sempre estaran justificades, com s'ha assenyalat anteriorment, al principi de l'interès superior del menor.²⁴

²⁴ Paz LLORIA GARCÍA (2008) (Coord.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar. Un estudio interdisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Madrid. Pàg 226.

2.1.3. ÀMBIT D'APLICACÓ

El present Reglament va entrar en vigor l'1 de març de 2005 a tots els Estats membres, excepte a Dinamarca que no el va ratificar, i no té caràcter retroactiu. Es tracta d'una norma comunitària, la qual cosa comporta que sigui d'aplicació tant sols a les sostraccions que es produeixin dins de la Unió, o dit d'una altra manera, quan el menor sigui traslladat de manera il·lícita d'un Estat membre a un altre Estat membre.

Es té en compte la residència habitual, no la nacionalitat del menor o dels pares, per tant només serà possible quan el trasllat sigui en l'àmbit intracomunitari independentment de si el menor és nacional d'un país no membre de la Unió Europea. Per exemple, procedirà la aplicabilitat del Reglament quan un menor nacional xinès amb residència habitual a Espanya sigui traslladat a Itàlia.

Pel que fa a l'àmbit personal, a diferència de la resta de les normes comentades, no s'estableix aquí un límit d'edat en quant a l'aplicació del Reglament. Davant això la doctrina creu que la millor opció es decantar-se per una remissió tàcita al Conveni de La Haia – 16 anys-, ja que el Reglament ve a incorporar les disposicions del Conveni afegint normes específiques. A més, per tal de garantir la igualtat entre tots els nens, el Reglament serà aplicable a totes les resolucions parentals, tant si els progenitors estan units en matrimoni o no²⁵.

2.1.4. CONCEPTES

El Reglament utilitza tota una sèrie de definicions a l'article 2 en bona part extretes de diferents Convenis internacionals. En primer lloc, trobem el concepte de *dret de custòdia* a l'apartat 9, el qual indica que són, *entre d'altres, els drets i obligacions relatius a l'atenció de la persona d'un menor, i en especial, el dret a decidir sobre el seu lloc de residència*. Tot i la evidència de que el legislador europeu ha extret literalment aquesta definició del Conveni de La Haia, es converteix ara precisament per la inclusió en una norma comunitària, en un concepte que no queda en mans de les legislacions de cada Estat membre, sinó que s'aplica de forma uniforme a tots ells per imposició del Dret de la Unió Europea i, a més, pel principi d'igualtat que regeix entre tots els Estats membres.

²⁵ Considerant nº5 del Reglament 2201/2003: “Amb ànim de garantir la igualtat de tots els fills, el present Reglament s'aplica a totes les resolucions en matèria de responsabilitat parental, incloses les mesures de protecció del menor, amb independència de que estiguin vinculades o no a un procediment en matèria matrimonial”.

La persona que ostentarà aquest dret de custòdia es determina d'acord amb la normativa interna de l'Estat on el menor hi tenia la seva residència habitual immediatament abans del trasllat o retenció; per resolució judicial o per ministeri de la llei (art. 2.11.a Reglament). El trasllat o retenció del menor tindrà la consideració d'il·lícit precisament quan s'hagi infringit aquest dret de custòdia, sigui quina sigui la manera en què s'ha adquirit. S'afegeix un altre requisit i és que aquest dret s'hagués exercit de forma efectiva, ja sigui separada o conjuntament, en el moment del trasllat o retenció, o que així hagués succeït de no haver-se produït aquests.

Fins aquí sembla ser que no varia del que disposa el Conveni de La Haia, però el Reglament planteja, en el mateix article 2.11, un concepte nou, i és el de l'exercici conjunt de la custòdia, que comporta el consentiment dels dos titulars de la responsabilitat parental per decidir el lloc de residència habitual del menor. Quan un dels dos titulars no consenti un canvi de residència habitual del menor, el trasllat o retenció tindrà la consideració d'il·lícit. A la pràctica aquesta novetat del Reglament comporta una gran rellevància perquè així s'evita que el denegui el retorn del menor per haver considerat el trasllat com a lícit.

2.1.5. MECANISMES DEL REGLAMENT CONTRA LA SOSTRACCIÓ INTERNACINOAL DE MENORS

2.1.5.1. NORMES DE COMPETÈNCIA JUDICIAL INTERNACINOAL

La norma bàsica de competència judicial internacional és la prevista a l'article 8 del Reglament, la qual no difereix del que disposa el Conveni de La Haia. Estableix que els tribunals amb competència general en matèria de responsabilitat parental són els de l'Estat membre on el menor resideixi habitualment en el moment de presentar-se l'assumpte davant els òrgans jurisdiccionals. Trobem una excepció a aquesta norma bàsica i és que si el trasllat del menor és lícit, adquirint una nova residència habitual, els tribunals de l'anterior Estat de residència habitual conservaran la seva competència durant els tres mesos següents a efectes de conèixer sobre la modificació d'alguna resolució relativa al dret de visites dictada en aquest mateix Estat i sempre que el titular del dret de visita hi continuï residint. Però l'excepció de l'excepció és que els tribunals de l'anterior Estat de residència habitual del menor no conservaran la competència quan aquest titular del dret de visita hagi acceptat la competència dels òrgans jurisdiccionals de l'Estat membre on el menor hi té la seva nova residència habitual – el que es denomina submissió-.

Però el Reglament no es queda aquí, sinó que d'alguna manera li dóna continuïtat al Conveni introduint nous fòrums de competència per al cas específic de la sostracció de menors, que són els que a continuació descriuré.

En primer lloc, trobem l'article 10 del Reglament que ens diu que el tribunal de l'Estat on el menor residia habitualment de forma immediata abans del trasllat o retenció, mantindrà la seva competència fins que:

- El menor adquireixi la residència habitual en un altre Estat membre. A més, la persona,
- Quan la persona, institució o organisme que ostenti la custòdia del menor hagi donat la seva conformitat al trasllat o retenció, o
- Quan es doni la integració del menor en el seu nou entorn, originada per la estància del menor per un període mínim d'un any a l'Estat on va ser traslladat o retingut, des que la persona, institució o organisme que ostenta la custòdia hagi tingut o hagués hagut de tenir coneixement d'on estava el menor.

Respecte aquest últim punt, es requereix del compliment d'alguna circumstància per a la seva aplicació:

- a. Que en el termini d'un any des que qui tenia la custòdia del menor hagués tingut coneixement o n'hagués hagut de tenir sobre on estava el menor, no hagi presentat cap demanda de restitució a les autoritats de l'Estat membre on hagi sigut traslladat o retingut el menor,
- b. Que un cop presentada una demanda de restitució per part del titular del dret de custòdia, s'hagi desistit de la mateixa sense que s'hagi presentat ninguna nova demanda en el termini d'un any²⁶.
- c. Que la demanda presentada davant els òrgans jurisdiccionals de l'Estat membre on el menor hi tenia la seva residència habitual abans del trasllat o retenció il·lícits s'hagi arxivat, per a la mateixa causa que la disposada a l'art. 11.7 del Reglament²⁷.

²⁶ Aquest termini és el mateix que el de l'incís i) de l'article 10: *“que en el termini d'un any des que el titular del dret de custòdia hagi tingut o hagués hagut de tenir coneixement d'on estava el menor, no s'hagi presentat ninguna demanda de restitució davant les autoritats competents de l'Estat membre al que s'hagi traslladat o en el que estigui retingut el menor”*.

²⁷ Art. 11.7 Reglament 2201/2003: *“Excepte que alguna de les parts hagi presentat ja una demanda davant els òrgans jurisdiccionals de l'Estat membre en el que el menor tenia la seva residència habitual immediatament abans del seu trasllat o retenció il·lícits, l'òrgan jurisdiccional o l'autoritat central que rebí la informació mencionada a l'apartat 6 haurà de notificar a les parts i convidar-les a presentar les seves reclamacions davant l'òrgan jurisdiccional, de conformitat amb allò previst a la legislació nacional, en un termini de tres mesos a partir de la data de la notificació, a fi que l'òrgan jurisdiccional examini la qüestió de la custòdia del menor. sense perjudici de les normes de competència establertes al present*

- d. Que els òrgans jurisdiccionals de l'Estat membre d'origen hagin dictat una resolució sobre la custòdia que no impliqui la restitució.

Cal fer un breu apunt, que tot i ser una obvietat és important de ressaltar, ja que si no es donen aquestes condicions, l'Estat on el menor tenia la seva residència habitual immediatament abans de ser traslladat o retingut a un altre Estat membre continuarà essent competent per decidir sobre la custòdia del menor, i ho serà inclús quan el menor ja hagi sigut traslladat o retingut.

Seguint el Reglament, el següent fòrum de competència el trobem descrit a l'article 12, i es tracta de la competència acumulada, donat que ens diu que els òrgans jurisdiccionals de l'Estat membre que per aplicació de l'art. 3 siguin competents en el divorci, separació judicial o nul·litat matrimonial, també ho seran en les decisions relatives a responsabilitat parental. Dos pressupòsits addicionals s'han de complir per a aquesta acumulació de la competència, i és que com a mínim un dels cònjuges exerceixi la responsabilitat parental sobre el menor i que la competència d'aquests òrgans hagi sigut acceptada pels cònjuges o titulars de la responsabilitat parental en el moment de sotmetre l'assumpte davant l'òrgan jurisdiccional i respongui a l'interès superior del menor.

L'apartat tercer d'aquest mateix article estableix la competència sobre responsabilitat parental en procediments diferents dels que estableix el primer apartat, la tindran els òrgans d'un Estat membre en cas que el menor estigui estretament relacionat amb aquest pel fet que un dels titulars de la responsabilitat parental hi sigui resident habitual, o bé perquè el menor n'ostenta la nacionalitat; o quan la competència s'hagi acceptat expressa o tàcitament per totes les parts involucrades al procediment. Aquest article va relacionat amb el Considerant 5è, ja que estableix la competència pels casos que no estiguin relacionats amb crisis matrimonials.

Quan la residència habitual del menor sigui indeterminable i tampoc es pugui saber quin òrgan és el competent per raó de l'article 12, els competents seran els tribunals de l'Estat membre on es trobi el menor (Art. 13.1 Reglament).

En cas que no es pugués determinar la competència de cap de les maneres descrites anteriorment, es determinarà d'acord al que estableixin les normes de producció interna de cada Estat sobre competència judicial internacional (Art. 14 Reglament).

Per últim, també pot succeir que un altre tribunal estigui en millor situació de conèixer el fons de l'assumpte en qüestió. Aleshores quan els tribunals de l'Estat membre a qui correspondria la

Reglament, en cas que l'òrgan jurisdiccional no rebí reclamació alguna en el termini previst, declararà arxivat l'assumpte".

competència determinin que n'hi ha uns altres que estan millor posicionats per ser els de l'Estat amb qui el menor té un vincle més especial, podran suspendre el coneixement de l'assumpte i oferir a les parts que instin la demanda davant aquests nous òrgans judicials, o bé sol·licitar-ho directament a l'òrgan jurisdiccional del nou Estat.

A continuació, i abans de passar al següent apartat, és convenient mostrar alguns exemples de jurisprudència on es reflexa el que s'acaba d'estudiar:

→ *Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona 312/2010 (Sala Civil, secció 12^a), de 20 de desembre de 2010 (recurs 2011/226).*

Versa aquest assumpte sobre el trasllat d'una menor per part de la seva mare d'Espanya a Alemanya. Aquest canvi va ser notificat al pare mitjançant burofax, qui va presentar demanda dins dels primers tres mesos a comptar des que es va produir el trasllat.

La present interlocutòria es fruit d'un recurs d'apel·lació en contra d'una resolució de modificació de mesures del Jutjat de Primera Instància 45 de Barcelona, interposat pel pare de la menor. Aquest pretén que la declinatòria que va interposar la demandada, qui pretén els competents siguin els jutjats alemanys, fos desestimada.

La demandada va contestar a la demanda presentada a Barcelona, però va presentar declinatòria, i diu l'Audiència que aquest fet no es pot considerar com a submissió tàcita donat que el propi escrit de declinatòria opera com a denúncia d'incompetència i per tant el jutge ho ha d'examinar. El que cal examinar, aleshores, es de si la competència la ostenten els jutjats espanyols o els alemanys en virtut dels fòrums que disposa el Reglament.

Per començar, s'ha de tenir en compte que la demandada va notificar el dia 2 de juny de 2009 via burofax que es traslladava a Alemanya amb la filla menor, i la demanda es va presentar el dia 1 de setembre de 2009, per tant dins del termini dels tres mesos des que es va produir el trasllat. Això ens indica que és aplicable el que disposa l'article 9 del Reglament, conforme al qual la competència la segueixen tenint els òrgans jurisdiccional de l'anterior residència habitual del menor, en aquest cas els de Barcelona. Però la mare pretén que sigui d'aplicació el segon apartat del mateix article, al·legant que el pare va acceptar la competència dels òrgans jurisdiccional alemanys, però l'Audiència no ho considera així ja que el pare va instar un procediment de retorn de la menor en base al Conveni de La Haia de 1980, i per tant això no suposa cap mena de submissió donat que mitjançant la demanda de retorn els tribunals no poden entrar a conèixer qüestions de fons. Tampoc es considera submissió el fet que el pare demani l'execució del règim de visites establert pel jutjat de Barcelona, ni haver comparegut davant tribunals alemanys per defensar-se d'una petició cautelar de suspensió de vistes per part de la mare.

Per tant, en aquesta primera visió, sembla ser que el Jutjat de Barcelona és competent. Però cal analitzar ara si es tracta d'un trasllat lícit o il·lícit per determinar una possible aplicació de l'art. 10 del Reglament. El Tribunal d'Alemanya considera que la menor no ha de retornar perquè el trasllat va ser lícit, i decreta aquesta licitud basant-se en les disposicions del Codi de Família de Catalunya, segons el qual i en virtut de l'art. 139.4, hi havia acord tàcit per part del pare. L'Audiència ho determina d'una altra manera, i és que el burofax enviat el 2 de juny de 2009 no demana el consentiment del pare, però és suficientment explícit per respondre en el termini de 30 dies que estableix el ja citat art. 139.4 del Codi de Família en cas de no estar-hi d'acord el pare. Per aquest fet no es d'aplicació l'art. 10, ja que el trasllat es considera lícit, i s'ha d'aplicar la norma bàsica de l'art. 8, que disposa que la competència la ostentaran els òrgans jurisdiccionals de l'Estat membre on resideixi habitualment el menor en el moment de presentació de la demanda, per tant, en aquest cas, acaben essent competents els jutjats d'Alemanya.

➔ *Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 3^a), de 12 de novembre de 2014, assumpte 653/13, L contra M.*

Tracta sobre una qüestió prejudicial, interposada per un tribunal txec, per la qual es demana al TJUE que resolgui sobre la interpretació de l'article 12.3 del Reglament. El litigi principal versa sobre una parella de fet, ambdós residint a habitualment a la República Txeca amb els dos fills comuns, fins que l'any 2010 la mare es trasllada a Àustria. L'any 2012, aquesta comunica al pare dels menors que no tornaran a la República Txeca. El pare presenta demanda davant els tribunals de la República Txeca i així ho fa també la mare en el moment que el pare reté els fills a aquest mateix país. El tribunal txec de primera instància va decretar una mesura provisional per la qual els nens havien de tornar amb la mare a Àustria, i va decretar que no tenia competència per conèixer del cas ja que en el moment de la primera demanda els nens ja tenien el domicili a Àustria (art. 8 Reglament). Més tard, el pare va presentar demanda per al retorn dels menors davant els tribunals austríacs, però paral·lelament el tribunal d'apel·lació txec van determinar que el cas no podia concloure i que eren aquests els competents en virtut de l'art. 12 Reglament, ja que els nens tenien una estreta vinculació amb la República txeca i la competència havia sigut acceptada per tots dos progenitors i els tutor dels mateixos. El tribunal diu que tot i no haver cap demanda de divorci ni sobre la custòdia pendent (que es el que permet poder aplicar l'extensió de la competència de l'art. 12), l'apartat tercer es pot aplicar igualment. Per a la interpretació d'aquest aspecte el Tribunal Suprem txec planteja la qüestió

prejudicial de si es pot anar per la via de l'art. 12.3 encara quan no hi hagi cap procediment connexa pendent.

La resposta del TJUE es que es pot fonamentar la competència d'un tribunal que no és el de l'Estat de residència d'un menor encara que no hi hagi cap procediment pendent davant aquest tribunal. Per motivar-ho, indica que si no fos així, es reduirien molt les possibilitats d'estendre la competència en la gran majoria dels casos, donat que molts cops succeeix que sorgeix un procediment sobre responsabilitat parental sense haver-ne iniciat cap anteriorment. Un altre criteri important per al Tribunal és el de l'interès superior del menor, el qual també es veuria afectat en cas de no poder un determinat tribunal conèixer sobre un cas pel simple fet de no haver-hi cap pendent amb connexió.

També ho relaciona amb el considerant 5è del Reglament, el qual parla sobre la igualtat dels fills, essent d'aplicació el Reglament a totes les resolucions sobre responsabilitat parental independentment o no de que estiguin vinculades a un procés matrimonial. Si s'exclou la possibilitat de que el tribunal de no residència d'un menor sigui competent pel sol fet de no existir un procés matrimonial pendent, ja no es podria complir aquesta disposició, el que comportaria una desprotecció del menor i desigualtat en front dels menors, els pares dels quals si estiguessin casats.

2.1.5.2. ACCIÓ DE RESTITUCIÓ DIRECTA DEL MENOR

En aquest sentit el Reglament el que fa és corregir o modificar el que ja disposava el Conveni de La Haia de 1980, de manera que aquests supòsits intracomunitaris ampliat regeixen per sobre del Conveni²⁸.

El Reglament estableix al seu article 11 les mesures de retorn del menor, garantint la seva audiència en el procediment, sempre i quant la seva edat i maduresa així ho requereixin. La celeritat en l'ordre de restitució la trobem reflectida a l'apartat 3, el qual determina que s'haurà d'actuar amb la màxima urgència possible, el que significa que el jutge s'haurà de pronunciar dins el termini de sis setmanes des que es va interposar la demanda.

En relació a les dilacions que pot patir el procés, l'article 13.b) del Conveni de La Haia era un dels aspectes més problemàtics en aquest sentit, ja que molts progenitors sostractors recorrien a ell per tal d'allargar el procés, o per aconseguir de manera "fraudulenta" que el menor no sigui

²⁸ Per aplicació del principi de Primacia, donat que l'art. 60 Reglament estableix que primarà el Reglament sobre el Conveni de La Haia de 1980, entre d'altres.

retornat, ja que moltes vegades quan s'al·lega aquest motiu es dona un cert “nacionalisme judicial” i s'acaba afavorint al progenitor nacional de l'Estat on ha estat traslladat o retingut el menor. El Reglament el que fa és establir, per al supòsit d'ordre de retorn, que si s'ha provat l'adopció de mesures adequades per a la protecció del menor després de la seva restitució, aquesta no es podrà denegar en base a l'article mencionat. Aquesta denegació tampoc serà possible quan no s'hagi donat audiència a la part que va sol·licitar el retorn del menor (art. 11.4 Reglament).

Quan es denegui la restitució del menor d'acord a l'art. 13 del Conveni de La Haia, l'òrgan jurisdiccional que la hagi dictat haurà de remetre una còpia de l'ordre de no restitució i tots els documents que siguin pertinents a l'autoritat competent de l'Estat on el menor tenia la seva residència habitual, en el termini d'un mes. Posteriorment, el jutge de l'Estat d'origen convidarà a les parts a presentar les seves reclamacions davant l'òrgan jurisdiccional, dins d'un termini de tres mesos, per tal de que aquest pugui examinar la qüestió de la custòdia del menor.

Per últim, i seguint en el supòsit de denegació de la restitució per aplicació de l'art. 13 del Conveni, qualsevol resolució posterior dictada per un òrgan jurisdiccional competent que dicti el contrari serà executiva a efectes del Reglament.

En definitiva, es tracta d'una remissió a les disposicions del Conveni, modificant els seus aspectes més problemàtics com, per exemple, el ja comentat article 13.

Suposa, aquest article, un gran avanç perquè la resolució no es limita al jutge de l'Estat on el menor ha estat desplaçat. Ara el Jutge d'origen està facultat per revocar aquesta decisió i fer prevaldre la seva. És una decisió que, tot i arriscada, pot ser molt útil a la pràctica. Moltes vegades succeeix que els tribunals de l'Estat requirint, competents per conèixer sobre la licitud o il·licitud del trasllat i sobre la restitució o no del menor, afavoreixen al seu nacional, que coincideix amb el progenitor sostractor. El fet d'al·legar per part d'aquest sostractor l'excepció al retorn de l'art. 13 no suposa ja de per sí que el retorn del menor comporti greus danys per al mateix. ha de quedar fefaentment demostrat mitjançant anteriors resolucions penals dictades en jutjats de violència de gènere o contra la dona. No val, al meu criteri, amb la sola interposició de denúncies sense arribar mai a seu judicial per tal d'aconseguir un pronunciament. És possible que, en el cas que sigui la mare qui sostrau al menor, al·legui en el moment del judici que versí sobre la sostracció que precisament es va traslladar sense el consentiment del pare per escapar de la seva violència. Precisament amb la voluntat de protegir al seu nacional i el seu fill, els tribunals de l'Estat requirint ordenen que el menor no retorni en previsió que no li succeeixi el mateix que al seu progenitor. Doncs bé, per evitar tot això pot passar que un altres òrgan igualment competent per alguna de les disposicions del Reglament examini amb més profunditat, i sobretot amb més objectivitat, aquestes al·legacions relacionades amb l'art. 13 del Conveni de La Haia i decideixi que el retorn del menor sí procedeix, passat aquesta decisió per sobre de l'anterior, essent executiva.

2.1.5.3. RECONeixEMENT I EXECUCIó DIRECTA DE RESOLUCIONS JUDICIALS. ELIMINACIó DE L'EXEQUÀTUR.

Com per tots és sabut, tradicionalment existeix el que es denomina exequàtur, un procediment que permetia convertir una resolució dictada per un Estat membre en un títol executiu d'un altre Estat membre.²⁹ Actualment, entre tots els principis que regeixen la Unió Europea, trobem el de mútua confiança, tendent a formar un marc de cooperació judicial entre els diferents Estats membres. Mitjançant aquest principi, el que es pretén aconseguir és que un Estat membre executi en el seu territori una sentència que hagi dictat el tribunal d'un altre Estat membre sense necessitat d'assistir l'exequàtur. Seguint aquesta última línia, en aquest apartat analitzarem la principal novetat que ofereix el Reglament, i és la supressió de l'exequàtur en dos casos concrets: en les resolucions sobre el dret de visita (art. 41 Reglament) i sobre la restitució de menors (art. 42 Reglament).

És important que el Reglament apliqui aquesta novetat tant al dret de visita com a la restitució de menors, ja que la segona moltes vegades pot ser conseqüència de la primera. És a dir, el dret de visita és el que permet garantir que un menor segueixi mantenint el contacte amb el progenitor que no ha obtingut el dret de custòdia. En casos de separacions de parelles amb diferent nacionalitat, és encara més important "protegir" aquest dret, del contrari és molt possible que la situació acabi desembocant en un assumpte de sostracció de menors. Per exemple, posem per cas que s'ha atribuït la custòdia d'un menor nacional italià al pare, de la mateixa nacionalitat. La mare, de nacionalitat espanyola, ostenta el dret de visites. En el moment en què la mare sap que el seu dret de visites està reconegut i té força executiva tant a Espanya com a Itàlia, tindrà menys raons per utilitzar la sostracció del menor com una manera de garantir el seu dret de visita, ja que aquest gaudirà de força executiva a Itàlia. Ans al revés, també ens pot servir aquest exemple, el pare italià que ostenta la custòdia del menor ja no veurà inconvenient en que aquest es desplaci a Espanya per estar en companyia de la mare i complir degudament el dret de visites que li pertoca. Si atenem a aquesta lògica, podem concloure que la decisió del legislador europeu va ésser adequada a l'hora de reservar la eliminació de l'exequàtur exclusivament per a aquests casos tant summament complicats i rellevants.

²⁹ María Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (2014), Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.6 n°1, 330-347.

Començant per analitzar el **dret de visita**, el Reglament conté dos grans novetats:³⁰

- a. Com s'acaba de comentar, la eliminació de l'exequàtur la conté l'apartat 1 de l'article 41, establint que les resolucions judicials executives sobre el dret de visita que hagin dictat els òrgans judicials d'un Estat membre, gaudiran de reconeixement i força executiva en un altre Estat membre sense la necessitat de cap declaració que reconegui aquesta força. Per tant, el que fa el Reglament en aquest apartat és suprimir la necessitat d'exequàtur així com el reconeixement, establint la directa executivitat de la resolució. Però perquè es pugui donar aquesta excepció a la norma general, cal el compliment de dos requisits.
 - 1) Tot i que el dret nacional no contempli la força executiva de la resolució, els òrgans jurisdiccionals de l'Estat d'origen seran competents per declarar aquesta executivitat.
 - 2) El jutge d'origen haurà d'haver expedit un certificat (contingut a l'annexa III del Reglament).

- b. En cas que els jutges de l'Estat membre competent per a conèixer les qüestions de fons de l'assumpte hagi dictat una resolució que no contempli les modalitats necessàries per a garantir el dret de visita de la manera més efectiva, i sempre que respectin els elements essencials d'aquesta, els òrgans jurisdiccionals de l'Estat membre on s'insti l'execució de la resolució podran adoptar les modificacions pràctiques necessàries per organitzar aquest dret de visita.

En el cas de trasllat il·lícit de menors, els jutges de l'Estat d'origen podran adoptar **resolucions que acordin la restitució del menor** a aquest mateix Estat, les quals gaudiran de reconeixement i força executiva a qualsevol altre Estat membre sense necessitat d'acudir a l'exequàtur. Aquesta resolució judicial executiva no podrà ser objecte d'impugnació quan els òrgans jurisdiccionals de l'Estat membre d'origen hagin expedit el corresponent certificat. Novament aquí, igual que en el dret de visites, fa falta la concurrència de varis requisits:

- a. La expedició del ja nombrat certificat. Es fa mitjançant un formulari contingut a l'annexa IV del Reglament. Farà falta per poder expedir-lo, que el jutge hagi donat audiència al menor, si així procedeix tenint en compte tant la seva edat com el seu grau de maduresa; que també s'hagi donat aquesta oportunitat d'audiència també a les parts; que el jutge o

³⁰ Alfonso Luís CALVO CARAVACA, i Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, (2011) "Capítulo IV, Cooperación jurídica como instrumento para el diálogo entre culturas. Sustracción internacional de menores: una visión general" en Gamarra Chopo, Yolanda (Directora), *El discurso civilizador en Derecho Internacional: cinco estudios y tres comentarios*. Diputación de Zaragoza, Zaragoza.

tribunal tingui en compte les raons i les proves en les que es fonamenta una resolució dictada en virtut de l'art. 13 del Conveni de La Haia.

- b. L'òrgan jurisdiccional de l'Estat d'origen podrà dictar la força executòria de la resolució en cas que el dret nacional no la estipuli.

2.1.6. RELACIONS ENTRE EL REGLAMENT I LES ALTRES NORMES INTERNACIONALS

Donat que existeixen varis mecanismes aplicables a la sostracció internacional de menors, podria passar que un subjecte tingués dubtes sobre quina normativa és aplicable a un cas concret. És per això que en aquest apartat s'establirà l'ordre de prelació entre els diferents cossos legals aplicables – Conveni de La Haia de 1980, Conveni de Luxemburg de 1980 i Reglament 2201/2003-.

Es poden diferenciar dos tipus de relacions entre aquesta normativa: de primacia i de complementarietat. En relació a la primera, en les sostraccions d'àmbit intracomunitari –excepte Dinamarca-, per tant on hi intervé el Reglament 2201/2003, aquest primarà sempre davant del Conveni de La Haia i el de Luxemburg de 1980 (art. 60. I d) i e) Reglament). No obstant, respecte el Conveni de Luxemburg de 1980 s'aplicaran sempre les disposicions del Reglament, essent totalment inaplicable el Conveni. En canvi, entre el Reglament i el Conveni de La Haia la relació varia. Les disposicions del Conveni de La Haia segueixen essent aplicables, però prevalent sempre les modificacions que estableix el Reglament respecte aquestes.

Pot succeir també que es tracti de sostraccions extracomunitàries, i que per tant el Reglament no sigui d'aplicació. En aquest cas, regirà el segon tipus de relació, és a dir, el de complementarietat (arts. 19 del Conveni de Luxemburg i 34 del Conveni de La Haia), ja que ningun dels dos Convenis de 1980 exclou l'aplicació de l'altre, existint varies opcions en quant a l'aplicació d'un o l'altre. La part interessada podrà sol·licitar que s'apliquin tots dos simultàniament, o el que afavoreixi més la restitució del menor. Aquesta última opció també pot ser apreciada pel mateix jutge.

2.1.7. PROCEDIMENT

El procediment que segueix el Reglament a l'hora de decidir sobre la restitució o no del menor, és el que estableix el Conveni de La Haia, complementant-lo en alguns punts amb aportacions pròpies del Reglament.

Per tant, quan un òrgan jurisdiccional rebí una sol·licitud de restitució d'un menor, determinarà de forma prèvia i immediata, en primer lloc, si es tracta d'un trasllat o retenció il·lícits (atenent a les definicions de l'art. 2.11 del Reglament³¹). Quan segons el que disposa aquest article, es tracti d'un trasllat o una retenció il·legals, aleshores es procedirà a iniciar el procediment previst per als casos de sostracció internacional de menors. Pel contrari, quan el jutge competent determini que el trasllat o retenció no tenen el caràcter d'il·lícit segons la legislació nacional, es seguirà la via establerta a l'article 9, segons el qual en cas que el menor canviï de residència de manera legal, els òrgans jurisdiccional de l'Estat on hi tenia la seva anterior residència habitual continuaran essent competents durant un termini de tres mesos a efectes de modificar la resolució judicial sobre el dret de visita dictada en aquell mateix Estat abans del canvi de residència, sempre que el titular d'aquest dret hi continuï essent resident habitual. En aquest punt, i respecte la càrrega de la prova³², aquesta recau sobre la part que sol·licita el retorn del menor, tenint una doble dimensió. En primer lloc, haurà de provar que el trasllat és il·lícit conforme al Reglament, i a més, haurà d'acreditar que ostenta el dret de visita del menor traslladat o retingut, dret que un cop infringit origina la sol·licitud de restitució.

Un cop l'òrgan jurisdiccional de l'Estat membre on el menor ha sigut traslladat o retingut ha rebut la sol·licitud de restitució, ha d'entrar a resoldre la mateixa amb la major urgència, utilitzant els procediments més breus que prevegi la legislació nacional. Això, segons l'apartat 3.II de l'art. 11 es materialitza en un termini màxim de sis setmanes, que podrà ser modificat quan alguna circumstància impedeixi resoldre-ho en aquest termini. La raó d'aquest apartat la trobem en què el temps és un dels factors més importants que entren en joc quan es dona una sostracció internacional d'algun menor. Tant és així, que com més temps transcorri entre el trasllat o retenció i la resolució del conflicte, més integrat estarà el menor en el seu nou entorn i per tant més difícil es tornarà el seu retorn. Per això, l'òrgan jurisdiccional competent haurà d'escollir el procediment més *expeditiu* d'entre tots els que estiguin previstos per la legislació, però alhora haurà de respectar aquest termini màxim de sis setmanes. Però no tot està tan ben explicitat com aquest caràcter urgent de la resolució i els seus terminis, si no que certs aspectes queden a l'aire en quant

³¹ Art. 2.11. Reglament 2201/2003: “*El trasllat o retenció il·lícits d'un menor, el trasllat o retenció d'un menor quan: a) s'hagi produït amb infracció d'un dret de custòdia adquirit per resolució judicial, per ministeri de la llei o per un acorda amb efectes jurídics de conformitat amb la legislació de l'Estat membre on el menor tenia la seva residència habitual immediatament abans del seu trasllat o retenció, i b) aquest dret s'exercia, en el moment del trasllat o de la retenció, de forma efectiva, separada o conjuntament, o s'hauria exercit de no haver-se produït aquest trasllat o retenció. Es considera que la custòdia és exercida de manera conjunta quan, en virtut d'una resolució judicial o per ministeri de la llei, un dels titulars de la responsabilitat parental no pot decidir sense el consentiment de l'altre titular o sobre el lloc de residència del menor.*”

³² La càrrega de la prova s'invertirà quan la persona que ha traslladat o retingut al menor a un Estat membre diferent del de la seva residència habitual, al·legui alguna de les causes d'excepció a la restitució previstes al Conveni de La Haia de 1980 i al Reglament 2201/2003.

el Reglament no conté cap explicació sobre que s'entén per “circumstàncies excepcionals” que fan impossible complir aquest termini de sis setmanes. Aquesta falta d'explicació pot acabar convertint-se en carta blanca per a que els òrgans jurisdiccionals no resolguin amb tota la celeritat que se'ls demana en processos de tant suma importància com són els de restitució del menor. Aquest “error” del legislador europeu podria ser un gran aliat dels sostractors que pretenen que el procés pateixi totes les dilacions possibles per tal que el temps jugui a favor seu i es denegui la restitució, justificant-se aquesta denegació en la integració del menor i el perjudici que li causaria un nou canvi de tals dimensions, a la vegada que pot menyscar el superior interès del menor.

El Reglament tampoc menciona expressament si en aquest termini de sis setmanes es busca tan sols la resolució de la sol·licitud de restitució, o el que pretén és donar un pas més i determinar que la sentència sigui executiva. A tals efectes, la Guia Pràctica del Reglament³³ diu que per tal d'assegurar una ràpida restitució del menor, la única interpretació possible és la de què la resolució sigui executiva dins d'aquest termini de sis setmanes. Continua dient que el millor per a la consecució d'aquest objectiu és que la legislació nacional no prevegi la interposició de recursos a aquesta ordre de restitució, ja que si així fos, s'hauria de suspendre la seva execució. Per això, és la legislació nacional la que ha de vetllar per tal que la resolució que ordena la restitució sigui executiva.

Seguint la explicació de la Guia, els Estats poden preveure una sèrie de procediments per a garantir aquesta executivitat:

- Es podria excloure la interposició de recursos contra l'ordre de restitució, o
- Es podria preveure la possibilitat d'interposar recurs contra aquesta ordre de restitució, però aclarint que la resolució tindrà força executiva mentre es substancia el recurs.

En aquest últim cas, si es suspengués l'executivitat de la resolució, els Estats membres haurien d'establir procediments que garantissin la resolució del recurs respectant el termini de sis setmanes.

L'article 11 també contempla la possibilitat de donar **audiència al menor**, per tal que el jutge pugui conèixer la opinió del principal afectat en el procés, respecte la seva pròpia restitució. Cal dir que no és una disposició imperativa, sinó que quan el jutge estimi que la audiència és inoportuna per motius d'edat i grau de maduresa del menor, aquesta no es durà a terme. Però el fet que el caràcter d'aquest article no sigui imperatiu, no significa que no sigui de gran importància, sinó més bé al contrari. El Reglament recalca molt la importància d'escoltar al menor, i això és reflexa en el preàmbul, donat que el considerant 19 diu que la audiència del

³³ http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_es.pdf p. 37. [28/04/2016]

menor duu a terme un *paper important*. A més, la voluntat del menor ha de ser entesa com una manifestació del principi d'interès superior del menor, i és per això que la opció de no donar-li audiència per motius d'edat o de maduresa ha de ser entesa de forma taxativa.

El moment processal per dur-la a terme és en el moment en què l'òrgan jurisdiccional o autoritat competent ha de decidir sobre la restitució del menor (arts. 13 del Conveni de La Haia de 1980 i 11 del Reglament 2201/2003), tot i que també és fonamental a l'hora d'emetre el certificat de l'article 42 del Reglament (per als casos en què s'hagi dictat una resolució de no retorn fonamentada en l'art. 13 del Conveni de La Haia). Aquesta audiència es realitzarà per mitjà dels mecanismes establerts al Reglament 1206/2001, relatiu a la cooperació entre els òrgans jurisdiccionals dels Estats membres en l'àmbit de la obtenció de proves en matèria civil o mercantil. En aquest aspecte, i davant la impossibilitat del menor de personar-se davant el jutge, pot ser essencialment útil la utilització de la videoconferència o la teleconferència³⁴.

Arribats a aquest punt, el gran interrogant seria, segurament, quan es considera que el menor té la edat o la maduresa suficient per poder expressar la seva voluntat, i fins a quin punt el jutge la ha de tenir en compte. Si atenem el que diu la nostra Llei d'Enjudiciament Civil, aquesta estableix que en els processos sobre mesures que afectin als fills menors, aquests podran ser escoltats en tot cas, quan siguin majors de dotze anys. Si busquem a la jurisprudència, també trobem un cas on la menor que ha estat traslladada il·lícitament- de 7 anys d'edat-, declara davant el jutjador de primera instància que no vol tornar a Polònia. En Primera Instància es decreta la no restitució de la menor, fonamentant part d'aquesta decisió en la pròpia voluntat de la menor. Però en apel·lació, el jutjat determina que la menor no gaudeix de suficient maduresa com per poder tenir en compte la seva voluntat, ja que tant el Conveni com el Reglament preveuen que aquesta es pugui tenir en compte a partir d'estats de maduresa més avançats que no pas els set anys. Continua dient que, en tot cas, s'ha d'atendre al que diu el dret nacional perquè el Reglament estableix aquest respecta cap a la norma interna de cada Estat. En el nostre cas, i com ja s'ha expressat anteriorment, atenent a la LEC la audiència al menor no és obligatòria fins als 12 anys³⁵.

A part de l'audiència al menor, l'apartat 5 de l'article 11 també estableix que no es podrà denegar la restitució sense que la persona que la va demanar hagi tingut possibilitat d'expressar-se. Aquesta audiència a la part interessada en la restitució s'haurà de fer de la forma més ràpida i eficient possible, perquè tal i com indica la Guia Pràctica del Reglament, l'òrgan jurisdiccional

³⁴ Art. 10.4 Reglament 1206/2001, relatiu a la cooperació entre els òrgans jurisdiccionals dels Estats membres en l'àmbit de la obtenció de proves en matèria civil o mercantil: "*l'òrgan jurisdiccional requirint podrà sol·licitar a l'òrgan jurisdiccional requerit que utilitzi els mitjans tecnològics de comunicació en la realització de la obtenció de proves, en particular la videoconferència i la teleconferència*".

³⁵ Interlocutòria de l'Audiència Provincial d'Illes Balears 160/2010 (Secció 4^a), de 22 de desembre de 2010 (recurs 1863/2011)

competent només disposa de sis setmanes per dictar una resolució. Aquest fet també queda plasmat a la interlocutòria de l'Audiència Provincial d'Illes Balears, que disposa que els òrgans jurisdiccionals de l'Estat requerit *no poden denegar la restitució de la menor sense que s'hagi donat audiència a la persona que ha sol·licitat la restitució*. Això va ser obviat per part del Jutjat de Primera Instància, i va ser determinant a l'hora d'anul·lar la sentència de primera instància i decretar la restitució de la menor.

Novament, per aconseguir aquesta immediatesa en la consecució de la prova, es podrà acudir al Reglament 1206/2001, el qual permet que un òrgan jurisdiccional d'un Estat membre, d'acord al que disposa el seu ordenament intern, sol·liciti la pràctica de diligències d'obtenció de proves a un òrgan jurisdiccional d'un altre Estat membre, o bé la obtenció directa de proves en aquest altre Estat membre³⁶. Quan el que es sol·liciti sigui la primera opció, és a dir, demanar a l'òrgan jurisdiccional d'un altre Estat membre la obtenció de proves, aquest ho haurà de dur a terme dins els noranta dies següents a la recepció d'aquesta sol·licitud³⁷. Per al cas que l'òrgan jurisdiccional sol·liciti la obtenció directa de les proves en un altre Estat membre, els òrgans jurisdiccionals d'aquest últim s'hauran de pronunciar en el termini de 30 dies, indicant expressament si s'ha acceptat la sol·licitud i en quines condicions s'hauran de practicar les diligències³⁸.

Respecte a la aplicabilitat de l'article 13.b) del Conveni de La Haia de 1980, el Reglament determina a l'article 11.4 que no es podrà denegar la restitució d'un menor fonamentant-se en aquest article quan s'hagi demostrat que s'han adoptat totes les mesures pertinents per tal que el menor no pateixi cap dany físic o psíquic. Per tant, l'Estat membre d'origen haurà de demostrar que ja adoptat aquestes mesures abans de la restitució del menor, i no després. És evident que es tracta d'un fet difícilment comprovable per part de l'òrgan jurisdiccional que ha de dictar la restitució, ja que es troba en un Estat membre diferent del que haurà d'adoptar aquestes mesures. Per això és molt important que hi hagi una bona cooperació entre els òrgans jurisdiccionals dels diferents Estats membres, ja que aquests s'hauran de comunicar per informar sobre si s'han pres o no mesures per a la protecció del menor i quines són. Les autoritats de l'Estat membre d'origen hauran d'assegurar que aquestes existeixen i són efectives, i no n'hi haurà prou amb la simple presència de procediments de protecció un cop el menor hagi retornat, sinó que aquestes hauran

³⁶ Art. 1.1. Reglament 1206/2001: "El present Reglament serà d'aplicació en matèria civil o mercantil quan un òrgan jurisdiccional d'un Estat membre, de conformitat amb el seu ordenament jurídic intern, sol·liciti: a) la pràctica de diligències d'obtenció de prova a l'òrgan jurisdiccional competent d'un altre Estat membre, o b) la realització de diligències d'obtenció de proves en un altre Estat membre".

³⁷ Art. 10.1. Reglament 1206/2001: "l'òrgan jurisdiccional requerit executarà la sol·licitud amb la major brevetat i, a més tardat, en els noranta dies següents a la recepció de la sol·licitud".

³⁸ Art. 17.4 Reglament 1206/2001: "En el termini de trenta dies després de la recepció de la sol·licitud, l'òrgan central o la autoritat competent de l'Estat membre requerit informarà a l'òrgan jurisdiccional requerent si s'ha acceptat la sol·licitud i, en el seu cas, en quines condicions d'acord al Dret del seu Estat membre han de practicar-se aquestes diligències".

d'estar instaurades abans del seu retorn per assegurar al màxim el benestar del menor. En definitiva, per al bon funcionament d'aquesta novetat del Reglament, serà essencial que les autoritats tant de l'Estat d'origen com el de l'Estat requerit mantinguin una comunicació constant sobre les possibles mesures a adoptar.

Es pronuncia sobre això la Sentència de l'Audiència Provincial de Màlaga 243/2015 (Secció 6^a), de 30 d'abril de 2015 (recurs 2015/1776):

Versa sobre un pare italià que es desplaça a Espanya amb la seva filla menor, sobre la qual n'exerceix la custòdia atorgada per un tribunal italià, per tal de visitar als avis materns. Un cop finalitzada la visita, la mare espanyola reté a la menor a Màlaga, interposant el pare una sol·licitud de retorn conforme al Conveni de La Haia. En primera instància es resol el retorn de la menor a Itàlia, interposant la mare un recurs d'apel·lació, en el qual al·lega el greu risc tant físic com psíquic que pot patir la menor si es restituïda (art. 13.b Conveni). Doncs bé, en segona instància es confirma el retorn, indicant que junt a l'art. 13.b) del Conveni s'ha de tenir present l'11.4 del Reglament, no podent-se apreciar aquesta excepció quan consta que l'Estat requerit ja ha adoptat totes les mesures necessàries per protegir a la menor i garantir el seu benestar.

En referència a l'article 13.b) del Conveni, els Professors Calvo i Carrascosa³⁹ fan referència a una sèrie de "garanties" anomenades *undertakings* que es poden oferir per tal d'assegurar que no existirà cap risc ni perill per al menor restituit. Aquestes garanties consisteixen en promeses per part del progenitor que sol·licita la restitució i el contingut de les quals va destinat a assegurar el benestar el menor i a vetllar pel seu interès superior. Generalment, seran promeses mitjançant les quals aquest progenitor acreditarà que els òrgans jurisdiccionals del seu Estat poden protegir adequadament al menor, però també poden consistir en no seguir cap procés penal contra el progenitor sostractor. Per tant veiem que tant poden ser garanties o promeses que haurà de dur a terme el progenitor sol·licitant de la restitució, o bé les haurà de dur a terme l'autoritat competent de l'Estat de residència habitual del menor immediatament abans del seu trasllat o retenció il·lícits.

³⁹ Vid. Alfonso Luis Calvo Caravaca i Javier Carrascosa González, *op. cit.*, p.133

- **Supòsit en què l'òrgan jurisdiccional dicta una resolució de no retorn**

Tot i que el propòsit tant del Reglament 2201/2003 com del Conveni de La Haia de 1980 és, clarament, la restitució del menor, en ocasions els òrgans jurisdiccional o les autoritats competents dictaminen el no retorn del menor per diferents motius –ja sigui per el transcurs d'un any sense haver interposat cap sol·licitud de restitució, o per la concurrència d'alguna excepció de les previstes al Conveni-. És per això que el Reglament preveu un procediment especial per a aquests casos en què es dicti una ordre de no restitució de conformitat amb l'article 13 del Conveni. Aquest és el previst als apartats 6 i 7, els quals disposen, en primer lloc, que quan un òrgan jurisdiccional dicti una ordre de no restitució, haurà de transmetre una còpia d'aquesta resolució a l'òrgan jurisdiccional o autoritat que sigui competent. Aquesta transmissió es durà a terme de forma immediata, de manera directa o mitjançant una autoritat central, i l'òrgan jurisdiccional receptor de la resolució i de la documentació adjunta, ho farà segons la seva legislació nacional i dins del termini d'un mes des de la data de la resolució de no restitució.

A continuació, l'òrgan jurisdiccional o autoritat central que rebi tota aquesta informació, haurà de notificar-ho a les parts i convidar-les, segons el que disposi la legislació nacional, a presentar les seves reclamacions davant l'òrgan jurisdiccional en el termini de tres mesos per tal que aquest conegui les qüestions sobre la custòdia del menor. En cas que cap de les parts presentes al·legacions, l'assumpte quedarà arxivat.

Quan s'estableix a l'apartat 6 que l'ordre de no restitució s'haurà de remetre a l'òrgan jurisdiccional competent, vol dir que aquest serà l'òrgan jurisdiccional competent per conèixer del fons de l'assumpte. Ara bé, en cas que un òrgan jurisdiccional ja hagi dictat prèviament una resolució referent al menor, la remissió de documents s'haurà d'efectuar a aquest òrgan. Del contrari, el remitent serà l'òrgan jurisdiccional que designi la legislació de l'Estat membre on el menor hi tenia la seva residència habitual abans del trasllat o retenció il·lícits.

Per últim, l'apartat 8 indica que *“tot i que s'hagi dictat una resolució de no restitució d'acord al que disposa l'article 13 del Conveni de La Haia de 1980, qualsevol resolució judicial posterior que ordeni la restitució del menor, dictada per un òrgan jurisdiccional competent en virtut del present Reglament serà executiva d'acord a la secció 4 del capítol III, a fi de garantir la restitució del menor”*. El que ens està dient és que un òrgan jurisdiccional competent pot dictar una resolució de retorn i passar per davant de la que ja s'hagués dictat en el seu moment, decretant la no restitució, i essent la primera directament executiva, sense necessitat de cap declaració d'execució així com sense la opció de poder-se impugnar (Art. 42.1). Per tant, a continuació es completaran les explicacions dels apartats 2.1.5.2 i 3 referents a l'acció de restitució directa del menor i la eliminació de l'exequàtur.

És evident que la introducció d'aquesta norma pot ser problemàtica, en quan les resolucions de dos òrgans jurisdiccionals que són competents entra en col·lisió, donat que ja no és el jutge de l'Estat requerit qui té el control de la executivitat mitjançant l'exequàtur, sinó que gràcies a aquesta nova norma ara és el jutge de l'Estat de residència habitual del menor abans de la sostracció qui, mitjançant l'expedició d'un certificat, tindrà a les seves mans convertir la seva resolució en executiva en tots els altres Estats membres sense necessitat de cap procés de declaració de l'execució⁴⁰. No obstant això, donada la importància d'aquest canvi de control, el certificat que emeti l'òrgan jurisdiccional de l'Estat d'origen haurà de complir uns requisits. Per tant només es demana que el jutge d'origen emeti aquest certificat, que posteriorment haurà de ser revisat pel jutge de l'Estat requerit.

Per tant, és diu que si el jutjat de l'Estat d'origen és competent en virtut de l'article 10 del Reglament i dicta una resolució de retorn quan anteriorment ja n'existia una de no retorn, la primera és la que tindrà força executiva, i per tant s'haurà de reconèixer a tots els Estats membres, sense necessitat d'instar un procediment d'exequàtur. Mentre que la resolució anterior de no retorn esdevindrà provisional.

Pel que fa al certificat, ja hem dit que necessita del compliment d'uns requisits, que estan establerts a l'apartat 2 de l'article 42. En primer lloc, òbviament és necessària una resolució anterior on es dicti la no restitució del menor en base a alguna de les excepcions que a tals efectes estableix el Conveni de La Haia, la qual haurà estat dictada pels òrgans jurisdiccionals de l'Estat on ha estat traslladat el menor. Doncs bé, el primer requisit és que se li hagi donat la possibilitat d'audiència tant al menor com a les parts del procés. Lògicament aquesta audiència s'haurà de dur a terme davant l'òrgan que emetrà el certificat, és a dir el de l'Estat d'origen, i tenint en compte que en la majoria de casos el progenitor sostractor, juntament amb el menor, no es trasllada a aquest per seguir el procés, hi ha d'haver algun mecanisme per poder fer efectiu aquest primer requisit. A tals efectes, la Guia pràctica ens torna a oferir la possibilitat d'acudir al reglament 1206/2001, del qual ja s'ha parlat i explicat les facilitats que presenta. Un altre problema que pot sorgir respecte aquesta audiència és que en algun Estat membre, la sostracció d'un menor és considerada un delicte, aleshores seran les autoritats d'aquest Estat membre qui hauran de garantir que el progenitor sostractor participarà al procés sense perill de ser sancionat penalment per la sostracció.

Un altre requisit és que l'òrgan jurisdiccional que emet el certificat hagi tingut en compte les raons i proves que van portar a l'altre òrgan jurisdiccional a dictar la resolució de no restitució en base a l'art. 13 del Conveni. Necessàriament, per fer possible aquest requisit, hi haurà d'haver

⁴⁰ Vid. Jiménez Blanco, Pilar, *op. cit.* P.280.

cooperació entre els dos òrgans. Si els dos òrgans coincideixen en el coneixement d'una llengua comuna, no hauran de dubtar en establir contacte directament mitjançant la via telefònica o el correu electrònic per tal de comunicar-se tota la informació. Si no parlen o comprenen cap llengua comuna podran utilitzar les autoritats central per establir el contacte.

Per a tot això, el jutge haurà d'utilitzar el model de formulari que figura a l'annex IV, redactant-lo en la mateixa llengua amb la que va dictar la resolució. Generalment, el certificat s'emet un cop la resolució ja té força executiva, fet que significa que no hi haurà lloc a recursos posteriors. No obstant, aquesta regla no és imperativa i l'òrgan podrà dictar el certificat sens perjudici de la interposició de recursos. Al meu parer aquesta última opció que té el jutge d'origen no s'hauria de presentar, ja que el procés per sí sol ja és suficientment llarg, i tenint en compte que sempre hi haurà un menor en mig, no es pot permetre que hi hagi la opció de recursos que modifiquin per tercera vegada una resolució que, al cap i a la fi, a qui afecta principalment és al menor, qui com a mínim amb la nova resolució de restitució dictada pel jutge d'origen, haurà de canviar de residència per tercer cop.

Per acabar d'entendre la interpretació d'aquest últim aparta de l'article 11 del Reglament, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea⁴¹ s'ha pronunciat respecte aquest, així com també sobre el certificat previst a l'article 42. Estableix el Tribunal que per tal que l'òrgan jurisdiccional de l'Estat membre d'origen pugui dictar una resolució de retorn i emetre el corresponent certificat, cal prèviament que s'hagi dictat una resolució de no retorn. Però no una resolució sobre qualsevol aspecte de la negació a la restitució d'un menor, sinó que aquesta denegació ha d'estar fonamentada, concretament, en l'article 13 del Conveni de La Haia. Continua establint aclariments respecte l'article 42. Diu que *la força executiva d'una resolució que ordena la restitució d'un menor després de la resolució de no restitució, gaudeix d'autonomia procedimental, amb objecte de no retardar la restitució d'un menor que hagués sigut traslladat o retingut de manera il·lícita en un Estat membre diferent del que el menor tenia la seva residència habitual immediatament abans del seu trasllat o retenció*. Aquesta autonomia procedimental es reflexa en que no es podrà interposar cap recurs contra el certificat que expedeixi l'òrgan jurisdiccional de l'Estat membre d'origen. El Tribunal també recorda que aquest procés només es d'aplicació quan existeix una resolució anterior que determina el no retorn del menor, i per a cap altre cas. Aquesta interpretació és reforçada pel considerant 17è, el qual estableix que quan els òrgans jurisdiccional de l'Estat on el menor ha estat traslladat o retingut s'oposin a la restitució mitjançant una resolució, aquesta podrà ser *substituïda* per una de posterior dictada per l'òrgan jurisdiccional de l'Estat membre d'origen.

⁴¹ Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (Sala tercera), d'11 de juliol de 2008, assumpte 161/08, Procés Penal contra Inga Rinau

III. PROCEDIMENT DE RETORN O RESTITUCIÓ ESPANYOL EN CASOS DE SOSTRACCIÓ DE MENORS

Fins aquí hem pogut estudiar cada un dels mecanismes, tant internacionals com comunitaris, dels quals disposem per poder sol·licitar el retorn d'un menor que ha estat traslladat o retingut il·lícitament a un Estat diferent del de la seva residència habitual. A partir d'aquí, continuarem amb l'estudi del procediment establert a l'ordenament jurídic espanyol per fer front a aquesta situació, per tant hem de tenir clar que, en endavant, la terminologia variarà respecte els punts anteriors, i quan ens referim a menor sostret sempre serà el que es troba a Espanya en aquesta situació, així com Estat requiriment serà Espanya i Estat d'origen qualsevol Estat que sigui el de la residència habitual del menor abans de la seva sostracció.

A més, recentment s'ha aprovat la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la Jurisdicció Voluntària, la qual ha actualitzat el procediment per al retorn de menors en casos de sostracció internacional, per tal de donar una major protecció al menor i als seus drets. L'apartat XII del Preàmbul d'aquesta mateixa llei ens diu que *la reforma revisa la opció legislativa consistent en mantenir aquesta opció dins del camp de la jurisdicció voluntària i fora de l'àmbit propi dels processos contenciosos de família [...]. Per això ara es regula com un procés especial amb substantivitat pròpia [...] i afegint mesures cautelars i comunicacions directes entre autoritats judicials.*

1. MESURES PREVENTIVES. LES NORMES DEL CODI CIVIL ESPANYOL

Les mesures per prevenir la sostracció d'un menor poden ser tant judicials com extrajudicials. Aquesta última mesura és la mediació, i no serà objecte d'estudi del present treball. Per tant continuarem amb les judicials, que poden ser tant de caire civil com penal.

Per tal d'evitar les sostraccions o retencions il·lícites de menors, es va adoptar la Llei Orgànica 9/2002, de 10 de desembre, de modificació de la LO 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal, i del Codi Civil, sobre sostracció de menors. El legislador deixa clar a l'exposició de motius la finalitat d'aquesta llei, i és que, en l'àmbit civil, es volia evitar qualsevol efecte perjudicial per al menor quan aquest es veies involucrat en qüestions relacionades amb la seva custòdia, o respecte determinades actuacions dels seus progenitors en supòsits de crisis familiars. Per tant veiem que en l'àmbit civil, aquesta reforma va permetre l'adopció de mesures cautelars encaminades a evitar que es produís la sostracció d'un menor, mesures que queden plasmades als articles 103 i 158 del Codi Civil.

En primer lloc, l'article 103 versa sobre les crisis matrimonials, i es contempla les mesures preventives per a processos relatius a la nul·litat, separació i divorci. Quan es presenta una demanda de nul·litat, separació o divorci davant el jutge competent, pot succeir que no hi hagi acord entre les parts, cas en el qual serà el propi jutge qui decidirà quin dels cònjuges ostentarà la pàtria potestat, així com el règim de visites que tindrà el progenitor que no ostenti la custòdia. Afegeix que quan hi hagi un risc de que el menor sigui sostret per algun dels seus progenitors o per alguna tercera persona, es podran adoptar les mesures següents:

- Prohibir la sortida del territori nacional, excepte quan es disposi d'autorització judicial prèvia.
- Prohibir l'expedició del passaport al menor o retirar-lo en cas que ja estigui expedit.
- Sotmetre a autorització judicial prèvia qualsevol canvi de domicili del menor.

L'article 158 tracta de les relacions entre pares i fills. En aquest cas, les persones legitimades per sol·licitar mesures relacionades amb la prestació d'aliments, les que evitin qualsevol pertorbació danyosa al fill i les destinades a evitar la sostracció dels fills menors per part dels seus pares o terceres persones són: a) el jutge, d'ofici; b) el propi fill; c) qualsevol parent, o d) el Ministeri Fiscal. Aquestes mesures són les mateixes que les enumerades a l'article anterior

Respecte el moment d'adopció d'aquestes mesures⁴², les relatives als processos de nul·litat, separació i divorci es podran adoptar abans o durant la presentació de la demanda. Les relatives a les relacions entre pares i fills, en canvi, poden demanar-se en durant la vigència de diferents processos, com per exemple processos civils respecte filiació, o sobre guarda i custòdia, o també de jurisdicció voluntària així com en l'àmbit penal.

2. EL PROCÈS DE RESTITUCIÓ PREVIST A LA LEC DE 1881

Abans de la reforma del 2015, que va tenir lloc per l'aprovació de la Llei de Jurisdicció Voluntària, el procés de restitució d'un menor trobat a Espanya es regulava pels antics articles 1901 a 1909 de la Llei d'Enjudiciament Civil de 1881.⁴³

⁴² Carmen AZCÁRRAGA MONZONÍS (2015). Sustracció internacional de menors: vías de actuación en el marco jurídico vigente. *Revista boliviana de derecho*, nº20/2015, 192-213. Pàg. 198.

⁴³ Es tracta dels articles de la LEC de 1881, perquè, tot i ser derogats en el seu moment per la Llei 31/1972, de 22 de juliol, la qual disposava en el seu article 2 que "*queden derogats [...] els articles 1901 a 1909 inclusivament de la Llei d'Enjudiciament Civil*", posteriorment van tornar a tenir vigència gràcies a la Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor. Aquesta, en la seva Disposició Final 19ª apartat segon, disposava que "*La Secció Segona del Títol IV del Llibre III (de la LEC), es denominarà <mesures relatives al retorn de menors en els supòsits de sostracció internacional> i comprendrà els articles 1901 a 1909 [...]*".

Aquests articles van quedar derogats el passat any 2015, per la entrada en vigor de la Llei de Jurisdicció Voluntària. La Disposició Derogatòria Única de la LEC del 2000 anunciava que aquests articles *quedarien en vigor fins a la vigència de la Llei sobre Jurisdicció Voluntària*. A més, la Disposició Final divuitena preveia que el projecte de la Llei de Jurisdicció Voluntària es duria a terme dins de l'any següent a la entrada en vigor de la LEC. Per tant, aquest és el motiu pel qual els articles 1901 a 1909 de la LEC de 1881, relatius al procediment de retorn de menors sostrets il·licitament, van estar en vigor fins fa menys d'un any.

A causa del poc espai temporal entre la vigència de les citades normes, en primer lloc s'estudiarà el procés que contenia la LEC de 1881, i posteriorment analitzarem els aspectes més innovadors introduïts per la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de Jurisdicció Voluntària.

Com ja s'ha vist amb l'estudi dels diferents cossos legals, sobretot amb el Conveni de La Haia i el de Luxemburg, aquests remetent el seu compliment a les lleis internes de cada Estat que en formi part. La LEC de 1881, pretenia amb el seu procés de mesures a adoptar en relació al retorn de menors en situació de sostracció internacional, donar resposta a aquests Convenis, dotant el nostre ordenament jurídic d'un mecanisme de retorn unificat.

Entrant a conèixer el que disposen els articles que es troben sota la rúbrica de "mesures relatives al retorn de menors en supòsits de sostracció internacional", el primer que podem observar és quan s'aplicarà aquest procediment. A tals efectes, ho serà sempre que sigui aplicable algun dels Convenis sobre sostracció internacional de menors que hagi ratificat Espanya: "*en els supòsits en què, essent aplicable un conveni internacional, es pretengui la restitució d'un menor que hagués sigut objecte de trasllat o retenció il·lícita, es procedirà d'acord a allò previst en aquesta Secció*" (Art. 1901). Però la interpretació d'aquest article ha donat lloc a diferents punts de vista⁴⁴, no obstant, queda clar que aquest no serà el procés adequat quan es tracti d'un Estat d'origen que no sigui part a ningun dels Convenis. Al meu parer, aquesta decisió no és encertada. És evident que l'objectiu principal de tots els Convenis sobre menors, versin sobre sostracció internacional de menors o no, així com les normes internes de cada Estat, és el superior interès del menor, fet pel qual el procediment de la LEC s'hauria d'aplicar independentment de que l'Estat d'origen sigui membre o no dels diferents Convenis internacionals. Doncs bé, els casos d'aquest caire tenen una sort diferent. Havent d'acudir el progenitor que sol·licita el retorn del menor als procediments

⁴⁴ Autors com Calvo Caravaca i Carrascosa opten per la inaplicació d'aquest procediment quan es tracti del Conveni de Luxemburg de 1980, excepte quan concretament es faci referència al seu art. 8, sobre restitució immediata del menor, sense necessitat d'exequatur. Altres, com De la Rosa Cortina o González Vicente són del parer de creure en que aquests articles també conformen la via processal quan s'hagi d'aplicar qualsevol altre conveni diferent al de La Haia.

ordinaris de reconeixement i execució de sentències estrangeres, amb tots els inconvenients, sobretot pel que fa al temps, que això comporta.

A) COMPETÈNCIA

Des del punt de vista de la competència objectiva, l'òrgan competent per conèixer l'expedient de retorn d'un menor són els Jutjats de Primera Instància.

La competència territorial vindrà determinada per lloc on es trobi el menor traslladat o retingut il·lícitament, ja que seran competents les jutjats de la demarcació judicial d'aquest lloc. No obstant, això no queda tant clar en quant es tracti de processos on hi intervé l'autoritat central, i per consegüent l'Advocat de l'Estat. Quan aquest últim és part en un procediment⁴⁵, la Llei 52/1997 d'Assistència Jurídica a l'Estat i les Institucions Públiques determina que seran competents els Jutjats o Tribunals amb seu a la capital de província. Un exemple de la plasmació d'aquest conflicte n'és la següent sentència:

→ Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Las Palmas 144/2006 (Secció 5^a), de 18 de juliol de 2006.

Es tracta d'un conflicte negatiu de competència que té per objecte saber si en els processos de jurisdicció voluntària que versen sobre les mesures relatives al retorn dels menors en supòsits de sostracció internacional és d'aplicació el que disposa la LEC a l'art. 1902 en quan és competent el Jutjat de Primera Instància de la demarcació judicial on es trobi el menor sostret o retingut; o bé, pel contrari, s'ha d'aplicar l'art. 15 de la Llei 15/97, per la qual és competent el Jutjat o Tribunal amb seu a la capital de província. El problema en aquests casos, esdevé quan el menor es troba en un lloc diferent de la capital de província. La sentència dona més pes al fòrum de la LEC pels següents motius:

- El procediment establert a la LEC, concretament als articles 1901 a 1909, ve determinat per la Llei de Protecció Jurídica del menor. El principi inspirador per excel·lència d'aquesta és l'interès superior del menor, principi que preval sobre qualsevol altre, incloent aquí el d'unitat territorial, que coincideix amb l'article 15 de la Llei d'Assistència Jurídica a l'Estat i a les Institucions Públiques.
- El contingut de l'article 15 fa al·lusió a les parts de procediments contenciosos, no concordant aquests amb els previstos a la LEC per als casos de sostracció de menors (es tracta d'expedients de jurisdicció voluntària, on qui hi intervé són promotors o intervinents).

⁴⁵ Vid. José Miguel DE LA ROSA CORTINA, p. 254.

- Gran part dels casos que versen sobre sostracció internacional de menors són promoguts per l'Estat, a instàncies del Ministeri de Justícia i a través d'Advocats de l'Estat. Considerant aquest fet, el legislador hauria eliminat el fòrum territorial de l'art. 1902 LEC 1881 i només hauria mantingut el de l'art. 15 de la Llei 15/97. Si no ho ha fet és perquè considera més adient el fòrum territorial que opta per donar competència als jutjats i tribunals de la demarcació judicial on es trobi el menor.
- El fet de considerar que el fòrum adequat és el de jutjats i tribunals amb seu a la capital de província entra en conflicte amb la celeritat i agilitat que caracteritza el procés de retorn d'un menor sostret. El menor sostret i el progenitor sostractor que es trobin en un lloc diferent i llunyà de la capital de província pot donar lloc a inconvenients.

Per tots aquests motius, la sentència estableix que qualsevol interpretació que doni més pes a la competència territorial establerta a la Llei 15/97 contradiria la Llei de Protecció Jurídica del Menor, i per tant, amb el propi interès superior del menor.

D'altra banda, es podria dir a favor d'establir la competència territorial als Jutjats i Tribunals amb seu a la capital de província, que es generaria concentració de casos en aquests, i per tant es produiria una especialització en aquesta matèria.

Particularment, aquesta segona opció em sembla més adient en quant la especialització d'aquests Jutjats i Tribunals comportaria beneficis com la especialització dels jutges en la matèria, un major assoliment de les finalitats dels diferents Convenis i una major rapidesa. També s'aconseguiria una unificació de criteris. Tots aquests avantatges es contraposen a l'únic benefici que comporta el fòrum de la LEC, que és una major celeritat deguda a la proximitat del lloc on resideixen el menor sostret i el progenitor amb el jutjat competent. No obstant, tota la resta produirien, a la fi, un major impacte positiu en la resolució de casos sobre sostracció de menors, ja que aquesta concentració de la matèria, especialització dels jutges, etc. acabarien produint el mateix efecte que el fòrum de la LEC, és a dir, agilitzar els processos i la seva resolució, efecte que pal·liaria la llunyania entre el jutjat competent i el lloc de residència del menor sostret i el progenitor amb el que es troba. A tot això s'hi pot afegir que el menor no es trobi en el lloc on resideix el progenitor sostractor, sinó al domicili d'algun familiar, afegint-se un altre despropòsit al fòrum de la LEC.

Estableix, a més, l'art. 1902, que el procediment ha de tenir caràcter preferent i el termini màxim per resoldre serà de sis setmanes des que es va sol·licitar la restitució del menor.

B) LEGITIMACIÓ

La legitimació és la facultat de promoure el procediment, i aquesta recau, segons l'art. 1902 LEC 1981, la persona física o jurídica (institucions o organismes) que ostenti la custòdia del menor i, per tant, que s'ha vist privada d'aquesta.

També ho podrà fer l'autoritat central espanyola encarregada del compliment de les obligacions imposades pel corresponent conveni, o la persona que aquesta designi, ja que actua a través d'Advocats de l'Estat. L'autoritat central actua sempre a instància de part, però quan el procediment l'iniciï la persona que té la guarda i custòdia del menor sostret, no farà falta la seva intervenció.

La legitimació passiva correspon al progenitor o familiar que ha sostret al menor, traslladant-lo o retenint-lo a Espanya

C) POSTULACIÓ

L'últim apartat de l'art. 1902 estableix que els interessats *podran* actuar sota la direcció de lletrat. No es tracta d'una norma imperativa, per tant s'ha d'interpretar com una opció de les parts.

El Ministeri Fiscal, però, intervindrà sempre en totes les actuacions.

D) MESURES CAUTELARS

L'art. 1903 LEC 1981 és el que estableix la possible adopció d'una sèrie de mesures cautelars. La legitimació per a demanar-les correspon a qui promogui el procediment o al Ministeri Fiscal, i podran sol·licitar la adopció de la mesura provisional de custòdia del menor, així com qualsevol altra que sigui pertinent.

Consisteix, la mesura de la custòdia, en que el Jutge atribuirà aquesta a la persona o institució que estimi més oportuna, poden quedar el menor sota la guarda temporal del progenitor sostractor o el reclamant. Normalment, s'atribuirà a aquest últim per tal de protegir al menor.

Aquesta mesura cautelar té una doble finalitat, d'una banda va dirigida a la culminació i l'èxit del procés, així com l'assegurament de que la persona demandada no fugirà a un tercer país quan conegui l'inici del procediment, evitant així una resolució de retorn. De l'altra, persegueix assegurar el benestar del menor, evitant un nou trasllat del mateix i reduint les possibilitats de perjudici.

Les *altres mesures d'assegurament* que el Jutge *estimi pertinents*, a títol d'exemple, poden ser l'establiment d'un règim de visites provisional a favor del progenitor que sol·licita el retorn, així com la determinació d'aliments per al menor per part del progenitor no custodi. Per tant, es tracta d'una llista *numerus apertus*, en quan el jutge haurà d'adoptar les mesures que cregui oportunes en cada procediment concret.

E) PROCEDIMENT DE RESTITUCIÓ D'UN MENOR

El procediment s'inicia mitjançant la presentació d'una sol·licitud davant els òrgans jurisdiccionals espanyols competents. Aquesta només tindrà sentit, com ja sabem, quan el menor que es trobi a Espanya hi hagi arribat a causa de la acció il·lícita d'un dels seus progenitors, qui l'haurà traslladat sense el consentiment o coneixement de l'altre. També es pot donar el cas que el menor hagi sigut desplaçat a Espanya per un temps limitat, amb consentiment o no de l'altre progenitor, i que finalment no hagi estat retornat al país on hi tenia la residència habitual, essent retingut a Espanya per un dels progenitors.

S'uneix necessàriament a la necessitat, ja esmentada, que l'Estat d'origen contempli algun Conveni dels ratificats per Espanya, o que, entre aquests dos existeixi un Conveni bilateral que reguli els aspectes de la sostracció internacional de menors

Aquesta sol·licitud que dóna inici al procediment s'haurà d'acompanyar dels documents que estableixi el corresponent Conveni que sigui d'aplicació, però no caldrà que adopti la forma de demanda.

Un cop promogut l'expedient recuperador i presentada la sol·licitud, el Jutge, dins les vint-i-quatre hores següents, haurà de dictar una resolució sobre si admet o no la sol·licitud i, en cas afirmatiu, la resolució tindrà el següent contingut. Es requerirà a la persona demandada – la que ha sostret al menor-, per tal que comparegui al jutjat amb el menor⁴⁶ en el termini de tres dies, amb la fi que es manifesti sobre:

⁴⁶ Amb aquesta primera compareixença, ja es donarà audiència al menor per tal d'evitar que hagi de tornar a assistir al jutjat.

- La restitució voluntària del menor a la persona o institució que n'ostenti el dret de custòdia o,
- En cas d'oposició a la restitució, si ho fa per l'existència d'alguna de les causes previstes al Conveni que sigui d'aplicació.

A partir d'aquest primer requeriment, se'n deriven dos possibilitats:

- **Incompareixença del demandat**

És la primera opció que se'ns presenta, de la mà de l'art. 1905 LEC 1881. Es dona quan la persona que ha sostret al menor no acudeix a la compareixença, essent declarada en rebel·lia per part del jutge, qui a la vegada disposarà la continuació del procediment citant als interessats i al Ministeri Fiscal. Aquesta nova compareixença s'haurà de donar en els cinc dies següents, com a màxim, i la finalitat serà l'acord de mesures provisionals relacionades amb el menor que s'estimin pertinents.

En aquesta nova compareixença s'haurà de donar audiència al sol·licitant del retorn, al Ministeri Fiscal, i si procedeix, al menor, qui haurà de declarar sobre la seva pròpia restitució.

Es pot donar el cas que en alguna d'aquestes dues compareixences, qui no hi assisteixi sigui el propi sol·licitant. En tal cas, i a diferència del que succeeix amb el demandat, no s'entendrà que desisteix de la demanda. El motiu és que el Ministeri Fiscal sempre intervé en aquests procediments, exercint la defensa de l'interès superior del menor, i per tant s'entén que aquest interès comporta la restitució, no essent obstacle per a una resolució favorable a aquesta la incompareixença del sol·licitant.

Un cop el jutge hagi escoltat a tots aquests, tindrà un termini de dos dies per dictar una interlocutòria establint la procedència, o no, de la restitució. A tals efectes haurà de tenir en compte dos aspectes. El primer és el propi interès del menor, el que significa determinar si per al menor la restitució comportarà beneficis o perjudicis, i en segon lloc, haurà d'apreciar el que estableixin les disposicions del Conveni que sigui d'aplicació al cas.

- **Compareixença del demandat**

L'altre postura del demandat pot ser comparèixer, però no oposar-se a la restitució del menor, per tant s'estaria aplanant. En tal cas, l'art. 1906 LEC 1881 estableix que "*si compareix el requerit i accedeix a la restitució voluntària del menor, s'aixecarà acta, acordant el Jutge, mitjançant interlocutòria, la conclusió del procediment i la entrega del menor a la persona, institució o organisme titular del dret de custòdia, així com el que procedeixi en quant a costes i despeses*".

Es pot observar que aquest article, a diferència de la resta, no contempla la possibilitat de donar audiència al menor. Es desprèn de la literalitat de l'article que, quan el demandat s'aplani, el jutge acordarà directament el retorn del menor. Així doncs, ens trobem davant una incongruència per part de la LEC, ja que tant el Conveni de La Haia, el de Luxemburg i el Reglament 2201/2003 prescriuen la audiència al menor (arts. 13, 15.1 i 11.5 dels respectius cossos legals).

Una altra possibilitat és que el demandat comparegui però s'oposi (art. 1907 LEC). Aquesta oposició s'haurà de formular en el mateix acte de la compareixença i de manera oral, deixant constància en acta o per escrit. Quan opti per fer-ho per escrit, s'haurà d'acompanyar amb una proposició de prova, si així es considera necessari. Els motius de l'oposició són els que estiguin taxats al Conveni que regeixi el cas. Com ja hem dit, tot això pot tenir lloc en la pròpia compareixença. En tal cas, si els interessats o el Ministeri Fiscal no s'hi oposen, es celebrarà a continuació el judici verbal.

A continuació, un cop celebrada la compareixença, el Jutge haurà de dictar una interlocutòria en els tres dies següents, essent aquesta, en tot cas, motivada i valorant sobretot l'interès superior del menor. El contingut d'aquesta comprendrà algun dels següents pronunciaments:

- a. Acordar el retorn del menor. S'haurà d'indicar expressament a qui es retorna el menor – ja sigui el progenitor sol·licitant, una institució o un organisme-. Si la entrega del menor per part del sostractor no es duu a terme, l'art. 1909 ens remet al 928 de la LEC de 1881, a efectes de liquidació dels danys i perjudicis ocasionats.
Respecte les costes del procediment, serà el progenitor sostractor qui se'n farà càrrec del pagament, així com de les despeses⁴⁷ que hagi tingut el sol·licitant.
- b. Denegar el retorn del menor. Quan el jutge determini que el trasllat no ha estat il·lícit, o quan apreciï que concorre alguna de les causes previstes al Conveni que sigui d'aplicació, per les qual es permet denegar el retorn, el menor no haurà de retornar a l'Estat requerent. Per tant es quedarà amb el progenitor que el va traslladar o retenir.
En aquest cas, l'últim apartat de l'art. 1909 estableix que les costes del procediment es declararan d'ofici.

En cap cas, el jutge podrà pronunciar-se sobre el dret de custòdia o modificar-lo.

⁴⁷ Inclou les despeses de viatge i les que siguin ocasionades per la restitució del menor a l'Estat de residència habitual.

3. LA SOSTRACCIÓ INTERNACIONAL DE MENORS DESPRÉS DE L'ENTRADA EN VIGOR DE LA LLEI 15/2015, DE JURISDICCIO VOLUNTÀRIA

El procés relatiu al retorn de menors sostrets ha estat actualitzat a partir de l'entrada en vigor de la esperada Llei 15/2015, de 2 de juliol, de Jurisdicció Voluntària. En aquesta s'aposta per la especialització, la celeritat i la concentració de la competència, potenciant també la mediació⁴⁸.

Per tant, aquesta llei és el nou marc jurídic de la sostracció internacional de menors, la qual ha modificat la LEC introduint el Capítol IV bis, sobre mesures relatives a la restitució o retorn de menors en els supòsits de sostracció internacional, preceptes que estudiarem a continuació.

3.1 DISPOSICIONS GENERALS DEL PROCEDIMENT

Començant per l'art. 778.quàter 1 LEC, aquest no difereix gaire del que disposava l'antic art. 1909 LEC 1881. Ambdós estableixen la necessària aplicabilitat d'un Conveni internacional o del Reglament de la UE, així com que el menor respecte el qual es sol·licita el retorn sigui trobat a Espanya. Per tant quan l'Estat requirint no hagi ratificat cap Conveni dels que és part Espanya, o no formi part de la Unió Europea no serà d'aplicació el procediment establert a la LEC, inclús quan el menor es trobi al nostre país, havent d'acudir en tal cas als mecanismes generals de cooperació judicial internacional i a l'execuàtur, procediments previstos a la recent Llei 29/2015, de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional en matèria civil. Manifesto aquí, de nou, la meva disconformitat amb aquesta decisió del legislador, de manera que al meu parer s'hauria d'haver optat per estendre l'aplicabilitat del procediment previst a la LEC quan el menor reclamat provingui d'un país no membre d'alguns dels Convenis Internacionals o del Reglament de la UE, fet que contribueix a minvar l'objectiu perseguit per tots aquests mecanismes: l'interès superior del menor.

Respecte l'òrgan jurisdiccional competent, aquesta competència sí ha variat, essent atribuïda al Jutjat de Primera Instància de la capital de província, Ceuta o Melilla, amb competències en matèria de família. El legislador ha encertat al canviar el redactat de l'antic article 1902 LEC 1881, ja que aquest nou fòrum de competència afavoreix la especialització en la matèria, fet que conseqüentment ens portarà a una major celeritat en el procés. Coincideix aquest redactat amb l'art.15 de la ja mencionada Llei 15/1997, el qual atribueix la competència al mateix òrgan en cas

⁴⁸ Francisco Javier FORCADA MIRANDA (2015), El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II). *Millenium DIPr*, 3, 40-53.

d'intervenció d'Advocats de l'Estat. Per més seguretat, el jutjat examinarà la seva competència d'ofici.

Però dos possibles opcions se'ns presenten en aquest cas:

- Que el menor no sigui localitzat al lloc que indiqui la demanda. En aquest cas el Lletrat de l'Administració de Justícia haurà de dur a terme les pertinents investigacions sobre el seu domicili o residència. Si no hi ha resultats, es procedirà a l'arxiu provisional del procediment fins que el menor sigui trobat.
- Que el menor sigui localitzat a una altra província. Prèvia audiència a les parts i al Ministeri Fiscal, el Lletrat de l'Administració de Justícia ho notificarà al Jutge per tal que dicti, en el mateix dia, una interlocutòria derivant les actuacions al tribunal territorialment competent, i emplaçant a les parts per tal que compareguin davant el mateix en el termini de tres dies.

Ara bé, en atenció al principi de celeritat, pot ser que el Jutge no decideixi remetre les actuacions a un altre òrgan jurisdiccional, sinó que continuï coneixent ell mateix de l'assumpte. En cas de vulneració de la celeritat per causa imputable a l'Estat, es pot arribar a condemnar a aquest.⁴⁹

El procediment té caràcter **urgent i preferent**, el qual comporta que el termini per realitzar aquest, tant en primera com en segona instància, és de com a màxim sis setmanes des que es va presentar la sol·licitud demanant la restitució o el retorn. La celeritat comporta la separació entre qüestions civils i penals, no podent-se suspendre les actuacions civils per la existència de prejudicialitat penal (art. 778 quàter 6 LEC).

La novetat respecte el termini de la LEC de 1881 és que a partir d'ara aquest termini es pot ampliar, quan concorrin circumstàncies excepcionals que facin impossible la terminació del procediment en aquestes sis setmanes. Però aquest precepte no ens especifica quines són aquestes circumstàncies, no obstant, una d'elles podria ser que les parts acudissin a la mediació, fet pel qual s'ha de demanar la suspensió del procés art. 778. quinquies 11 LEC). El caràcter de preferent significa que el procés que versí sobre la sostracció d'un menor haurà de ser resolt abans que qualsevol altre, per exemple, un de relatiu a la custòdia del mateix menor sostret.

⁴⁹ Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans (Secció 5^a), assumpte 2010\121726_Macready contra República Txeca, de 22 d'abril de 2010. En aquesta, el pare nord-americà sol·licita el retorn del seu fill menor, qui ha estat traslladat il·lícitament a la República Txeca per part de la mare. El TEDH diu que l'objectiu de la celeritat és evitar que el menor, a qui considera la primera víctima d'aquestes situacions, es traumatitzi pel trasllat o retenció. Es tracta de que els tribunals tramitin el l'assumpte de manera urgent, resolent en un termini de sis setmanes, fet que en el cas no transcorre d'aquesta manera, ja que la resolució recau al cap de vint mesos, motiu pel qual s'estima que l'Estat de la República Txeca haurà de pagar una quantitat al demandant en concepte de danys i perjudicis, així com de costes i despeses.

Respecte la **legitimació**, amb la nova LJV els legitimats per impulsar el procediment són més dels que preveia la LEC de 1881. Així doncs, podrà donar inici al procediment la persona, institució o organisme que ostenti la guarda i custòdia del menor, així com qui tingui atribuït un règim d'estància, visites, relació o comunicació amb el mateix. També l'Autoritat central espanyola encarregada del compliment de les obligacions imposades pel corresponent Conveni i, la persona que aquesta Autoritat designi. Observem que ara també està legitimat qui ostenti un règim de visites, ampliant la legitimació de manera encertada, ja que les sostraccions o retencions també es poden donar per part del progenitor custodi. La legitimació passiva no varia, corresponent a la persona que hagi efectuat el trasllat o la retenció il·lícita.

Qui es queda fora de la legitimació activa és el Ministeri Fiscal. Aquest mai podrà promoure un procediment de retorn de menors, però sí que intervindrà en cada assumpte, ja que el seu objectiu és defensar els interessos del menor, fet pel qual ha d'estar present en cada actuació que es dugui a terme amb la presència del menor. Aquesta intervenció és necessària⁵⁰ i, fins i tot, podríem dir que obligatòria donat que ens trobem dins dels processos especials. Segons la recent Circular 6/2015, sobre aspectes civils de la sostracció internacional de menors, el *Fiscal intervindrà com a part imparcial, guardià de la legalitat i defensor dels drets del menor. [...] l'ordenament no preveu que el Fiscal assumeixi la funció de garantir el retorn dels menors traslladats il·lícitament a Espanya, sinó que a tals efectes ja es comissiona a l'Advocat de l'Estat. El Fiscal es l'encarregat d'assegurar el respecte al superior interès del menor, identificant-se aquest amb el retorn al lloc de procedència i on se li ha trencat l'status quo.*

D'altra banda, el Fiscal sí estarà legitimat per a plantejar les excepcions al retorn que conté tant l'art. 13 com el 20 del Conveni de La Haia; també ho estarà per apel·lar la resolució que decideixi sobre la restitució, sigui quin sigui el seu contingut, i per proposar proves per tal d'acreditar o descartar les excepcions a la restitució, així com per adoptar mesures cautelars.

Amb aquesta extensió de la legitimació és tracta de fomentar la interposició de sol·licituds de retorn o de restitució, contribuint a garantir la efectivitat d'aquestes, ja que quantes més persones estiguin facultades per demanar-ho al jutge, més possibilitats hi ha que s'acabi fent efectiu. Trobo a faltar la inclusió del Ministeri Fiscal entre els legitimats per iniciar el procés, ja que no estaria de més que aquest ho pogués dur a terme quan s'assabentés d'alguna sostracció a instàncies d'una tercera persona que no estigui legitimada per interposar la sol·licitud. Es podria donar el cas que un familiar no legitimat, com per exemple un avi, conegués la situació de trasllat o retenció del

⁵⁰ Art. 749.1 LEC “*Als processos sobre la capacitat de les persones, en els de nul·litat matrimonial, en els de sostracció internacional de menors i en els de determinació i impugnació de la filiació serà sempre part el Ministeri Fiscal, encara que no hagi sigut el promotor dels mateixos ni hagi, conforme a la Llei, d'assumir la defensa d'alguna de les parts. El Ministeri Fiscal vetllarà durant tot el procés per la salvaguarda de l'interès superior de la persona afectada.*”

seu nét i no pogués fer-hi res per no trobar-se entre les persones a les quals la llei dóna legitimació. Si el Ministeri Fiscal estigués legitimat, aquest avi li podria notificar i així hi hauria una altra via de retorn o restitució.

Pel que fa a la **postulació**, es reconeix la obligatorietat de que les parts actuïn assistides per Lletrat i representades per Procurador, un altre aspecte no contemplat a la LEC de 1881, en la qual aquesta postulació esdevenia opcional. La matèria relativa a la sostracció de menors es especialment complexa, pel fet que està en joc el menor i els seus interessos i per la pròpia naturalesa contenciosa del procés, per tant és lògic que el legislador hagi apostat per la obligatorietat de ser assistit per lletrat i procurador. A més, com ja se sap, la Autoritat central actua mitjançant la designació d'Advocats de l'Estat, la intervenció dels quals no tindrà lloc quan la persona, institució o organisme que sol·licitin el retorn del menor compareguin assistits amb la seva pròpia representació.

Es preveu també l'adopció de **mesures cautelars**, ja sigui d'ofici per part del jutge o a instàncies del Ministeri Fiscal. Aquestes podran ser acordades durant tot el procediment, i consistiran en qualsevol de les que disposa l'art. 158 del CC (a títol d'exemple, les mesures a fi d'assegurar la prestació d'aliments; les apropiades per evitar als fills perturbacions danyoses en casos de canvi de titular de la potestat de guarda; les necessàries per evitar una nova sostracció de menors i les demés que es considerin oportunes), així com en acordar que es garanteixin els drets de visita i comunicació del menor amb el demandant.

Per últim, les normes generals del procediment contingudes a l'art. 778 quàter estableixen que a fi de facilitar les comunicacions judicials directes entre òrgans jurisdiccionals de diferents països, es podrà recórrer a l'auxili de les Autoritats Centrals implicades, de les Xarxes de Cooperació Judicial Internacional existents, dels membres de la Xarxa Internacional de Jutges de la Conferència de La Haia i dels Jutges d'enllaç.

3.2 PROCEDIMENT DE RESTITUCIÓ DE MENORS SOSTRETS I TROBATS A ESPANYA

L'inici del procés té lloc amb la presentació de la demanda, on s'ha de sol·licitar la restitució o el retorn del menor al lloc de residència habitual abans de la sostracció. S'inclourà tota la informació exigida per el Conveni o Reglament que sigui aplicable, així com tota la informació sobre la identitat del menor, del demandant i de qui es consideri que ha traslladat o retingut al menor, així com la informació relativa al lloc on presumiblement es trobi el menor i de la persona amb qui aquest pugui restar, a més dels motius en que es basi el demandant per sol·licitar el retorn o la restitució.

Un cop tenim la demanda presentada, el Lletretrat de l'Administració de Justícia haurà de resoldre si aquesta és admissible o no, dins d'un termini de 24 hores. En cas de no admissió, ho notificarà al Jutge perquè resolgui el que procedeixi en el mateix termini. Si s'admet, en la mateixa resolució del Lletretrat de l'Administració de Justícia es requerirà a la persona a qui se li imputi el trasllat o la retenció il·lícita del menor. Aquesta persona haurà de comparèixer amb el menor dins del termini dels tres dies següents a la resolució, podent adoptar, igual que en els preceptes derogats, tres comportaments diferents:

- a. Comparèixer i accedir voluntàriament a la restitució o al retorn del menor. El Lletretrat de l'Administració de Justícia aixecarà acta i el Jutge dictarà una interlocutòria, el mateix dia, acordant la restitució o el retorn del menor i la finalització del procés, pronunciant-se sobre les costes i les despeses. Aquesta possibilitat no es reserva a cap moment processal en concret, sinó que el demandat té la opció de comparèixer un qualsevol moment per entregar al menor al demandant (restitució) o acceptant que sigui traslladat al lloc de residència habitual (retorn).
- b. No comparèixer o fer-ho en la forma no adequada. El demandat o no compareix, o compareix però no ho fa en la forma establerta, ni presentant oposició, ni accedeixi al retorn a restitució del menor. En tal supòsit serà declarat en rebel·lia pel Lletretrat de l'Administració de Justícia, decretant la continuació del procés sense la seva presència, citant només al demandant i al Ministeri Fiscal a una vista davant el Jutge, que s'haurà de celebrar dins els cinc dies següents. La resolució adoptada a la vista serà notificada al demandant, no procedint cap altra notificació fins la que marqui la fi del procediment.

Cal dir que, en aquesta situació, el Jutge té la possibilitat d'adoptar les mesures cautelars que cregui oportunes en relació al menor.

- c. Comparèixer i oposar-se a la restitució o el retorn. En la primera compareixença, el demandat al·lega alguna de les excepcions contemplades al Conveni o Reglament que sigui aplicable. El Lletretrat haurà de donar trasllat de la oposició i citar a tots els interessats i al Ministeri Fiscal a una vista, dins del termini improrrogable dels cinc dies següents. Si en aquesta vista el demandant no compareix, no procedirà la suspensió. Si és el demandat qui no compareix, el Jutge el tindrà per desistit de la oposició i continuarà la vista. En aquesta es donarà audiència a les parts que hi compareguin i es practicaran les proves pertinents⁵¹ que hagin sol·licitat les parts, el Ministeri Fiscal o el Jutge d'ofici, dins el

⁵¹ Les proves només podran ser admeses quan facin referència a la il·licitud o no del trasllat o retenció i sobre les excepcions al retorn, així com per a l'adopció de les mesures cautelars. És important tenir en

termini de sis dies. Cal precisar que quan la incompareixença sigui de l'Advocat de l'Estat, sí que s'haurà de suspendre el procés, ja que com a representant de l'Autoritat Central no pot desistir del mateix donat l'interès públic d'aquest tipus de matèria.

L'audiència del menor es podrà realitzar en qualsevol moment, amb el límit de l'adopció de la decisió. El Jutge, en presència del Ministeri Fiscal, haurà d'escoltar al menor separatament, sempre que l'edat i el grau de maduresa d'aquest així ho aconsellin. De no ser possible, el Jutge ho farà constar a la resolució. Respecte l'antic articulat, la audiència al menor no estava tant reforçada, ja que no era necessària la presència del Ministeri Fiscal, així com tampoc era preceptiu que el Jutge indiqués a la resolució els motius pels quals no havia escoltat al menor. Quan sigui impossible que el menor es personi davant el Jutge, es podrà realitzar mitjançant videoconferència o qualsevol altre sistema igualment vàlid.

Un cop finalitzada la vista i practicada la prova, el Jutge dictarà **sentència** dins els tres dies següents. L'únic pronunciament possible versa sobre si el trasllat es considera il·lícit o no, quedant prohibit qualsevol pronunciament sobre el fons de l'assumpte, és a dir, sobre a qui correspon el dret de custòdia o visita. Per al cas que el Jutge acordi la restitució o el retorn del menor a la persona, institució o organisme que tingui atribuïda la guarda o un dret de visita o comunicació, haurà d'establir expressament la forma i el termini d'execució, estant facultat per adoptar les mesures necessàries per tal d'evitar un nou trasllat il·lícit del menor un cop notificada la sentència. També s'indica que el sostractor aboni les costes processals, les despeses del viatge del sol·licitant i les que ocasioni la restitució o el retorn del menor. Del contrari, quan no procedeixi ni restitució ni retorn, les costes es declararan d'ofici. (Arts. 778 quinquies 9 i 10 LEC)

Contra aquesta resolució, només cabrà **recurs d'apel·lació** amb efectes suspensius, el qual tindrà tramitació preferent, havent-se de resoldre en el termini de vint dies improrrogables. En ningun cas la sentència estimatòria del retorn dictada en primera instància podrà ser executada provisionalment. La tramitació del recurs es detalla a l'art. 778 quinquies.11 LEC, essent un desenvolupament molt més detallat que a l'antiga regulació.

En quant a l'**execució** de la sentència on es dicti el retorn o restitució del menor, l'Autoritat Central haurà de prestar l'assistència necessària al Jutjat, per tal de garantir que es pugui executar sense cap perill, adoptant les mesures administratives adients. En cas d'oposició per part del sostractor, impeding o obstaculitzant el retorn o la restitució, s'adoptaran per part del Jutge les mesures necessàries per tal d'executar immediatament la sentència. A tals efectes, es podrà sol·licitar ajuda als serveis socials i a les Forces i Cossos de seguretat.

compte que pot acceptar-se com a prova el dret estranger (del país d'origen del menor) per tal de determinar la il·licitud del trasllat.

Una altra novetat de la Llei de Jurisdicció Voluntària sobre la LEC és l'establiment d'un **procediment per declarar la il·licitud d'un trasllat o retenció internacional**. D'acord a aquest, quan un menor amb residència habitual a Espanya sigui sostret, qualsevol persona interessada en el fons de l'assumpte es podrà dirigir a l'Autoritat central espanyola per tal d'obtenir una certificació que dicti la licitud o il·licitud del trasllat⁵². La competència per emetre aquest certificat correspon als Jutjats o Tribunals que hagin conegut a Espanya de qualsevol procediment sobre responsabilitat parental que afecti al menor en qüestió. En defecte, correspondrà al Jutjat de Primera Instància de l'últim domicili del menor a Espanya.

Per tant, aquest és el nou procediment establert per la Llei de Jurisdicció Voluntària en cas que un menor provinent d'un tercer Estat sigui traslladat o retingut a Espanya. No obstant, la Llei conté dos novetats més, que tot i no ser analitzades al present treball, és important mencionar. D'una banda, s'estableix la possibilitat que les parts, durant qualsevol moment del procés, sol·licitin la suspensió del mateix per sotmetre's a mediació. L'altra gran novetat és la Xarxa de Cooperació Judicial Internacional, qüestió a la que no feia referència l'anterior procediment previst a la LEC de 1881, i que s'adapta a les disposicions del Conveni de La Haia de 1980 i al Reglament Brussel·les II bis.

IV. ANÀLISI D'UN SUPÒSIT PRÀCTIC

La última part d'aquest treball consta del relat d'un cas real a partir del qual l'objectiu que es pretén és demostrar que tot el procediment de retorn de menors sostrets il·lícitament regulat tant a la normativa de dret internacional privat com a les lleis nacionals, a la pràctica no és ni de bon punt tant senzilla com a la teoria. En aquest cas la resolució va ser dictada per un Tribunal alemany, donat que la menor va ser traslladada a aquest país. Per tant, no s'aplicarà el procediment descrit a l'apartat III del present treball.

Donat que el cas ha de restar en l'anonimat, i per tant totes les dades personals són fictícies, direm que la progenitora que va sostreure il·lícitament a la menor és Isabel; que el progenitor que va veure privat el seu dret de visita és Carles; a la menor la anomenarem Núria, i per últim que la localitat on tenen lloc els fets és Blanes.

⁵² Aquesta certificació es correspon amb la certificació que refereix l'art. 15 del Conveni de La Haia de 1980, per la qual s'acredita que el trasllat o retenció és il·lícit en el sentit de l'art. 3 de la mateixa norma.

1. FETS

Per conèixer l'origen de la controvèrsia cal posar-nos en antecedents. Isabel és una ciutadana de nacionalitat anglesa però amb residència habitual a Blanes. Carles és nacional espanyol amb residència habitual al mateix municipi. De la unió en matrimoni d'ambdós en neix una única filla, la Núria, amb nacionalitat igualment espanyola.

Conseqüència del divorci entre Isabel i Carles, es dicta pel jutjat de primera instància de Blanes la sentència amb les mesures que regiran les relacions matern/patern-filials. Aquesta sentència atorga el dret de custòdia a la mare, i atribueix al pare un règim de visites consistent en dos dies intersetmanals sense pernocta (dimarts i dijous), i caps de setmana alterns amb pernocta, així com la meitat de cada període de vacances (Setmana Santa, vacances d'estiu i Nadal).

Tot segueix el seu cabdal més o menys normal – tot i que Isabel posa obstacles contínuament a Carles per evitar que aquest pugui complir el seu règim de visites- fins al dia 31 de desembre de l'any 2012. És aquí on té lloc l'inici del problema que ens interessa analitzar: la sostracció il·lícita internacional de Núria per part de la mare.

El dia 31 de desembre de 2012 és el dia indicat a la sentència per fer l'intercanvi de la menor, ja que s'acaba el període de vacances de la mare i toca al pare iniciar el seu. Aquest mateix dia, Carles rep un missatge per part d'Isabel on hi posa textualment: *“Ahora vivimos en Alemania”*. Així sens més. Ni una població, ni una adreça.⁵³

En aquesta situació Carles, aconsellat pel seu advocat, es va personar a la comissaria de Blanes dels Mossos d'Esquadra per denunciar els fets. I així ho seguia fent cada dia que li pertocava estar en companyia de la filla menor però per motiu del trasllat il·lícit no hi estava. Entre aquestes denúncies, el seu advocat va interposar per la via civil una demanda de modificació de mesures. La resposta obtinguda en primer terme en aquest procediment per part del jutge va ser que no s'apreciava cap modificació de les mesures donat que ell podia fer efectiu el seu dret de visita, encara i trobant-se la filla a més de 1.500 quilòmetres de distància, factor que només feia “més difícil” el compliment de les visites, però no impossible. Aleshores, el procediment seguit per demostrar al jutgador de primera instància que estava equivocadament, va ser desplaçar-se al lloc on havia estat traslladada la seva filla, i acompanyat d'un notari alemany trucar a la porta del domicili fins que el notari certificava que, tot i escoltant a la mare i a la menor a dins, no obrien la porta. Amb aquestes actes del notari alemany, el perjudicat les remetia al jutjat de Blanes per demostrar

⁵³ Cal dir que Carles imaginava on estava la filla menor donat que hi havia estat en diverses ocasions per ser la anterior residència habitual d'Isabel.

que, tot i fent el viatge a Alemanya per complir les visites, li era impossible acabar fent-les efectives.

Mentre el temps anava passant, a Espanya s'obrien processos penals que sempre portaven a la mateixa resolució: la mare no es personava mai als judicis i sempre se la declarava absolta. En quant al procés civil, seguia endavant la demanda de modificació de mesures on Carles demanava que se li atribuís la custòdia exclusiva de la seva filla.

El novembre de l'any 2013, tot feia un gir gràcies a un article del diari La Vanguardia, on una periodista entrevistava a l'advocada especialista en dret de família internacional, la Sra. Sílvia. Carles va aconseguir posar-se en contacte amb ella, explicant-li la seva situació. La Sra. Sílvia va expressar la seva preocupació a Carles donat que la situació ja era quasi irreversible: estava a punt de fer un any que la menor Núria havia sigut traslladada il·lícitament a Alemanya, termini en el qual es torna més complicada la restitució donada la possible al·legació d'integració del menor en el seu nou medi. Un cop l'anterior advocat li va haver donat la venia, Sílvia es va posar en contacte amb el Ministeri de Justícia d'Espanya, i a la vegada aquest va contactar amb el Ministeri de Justícia d'Alemanya per descriure la situació en la que estava la menor al seu país, moment en el qual es van iniciar els tràmits i per tant es va deixar de comptar el termini d'un any. Aleshores les Autoritats competents alemanyes van donar inici al procediment de restitució del menor seguint el Conveni de La Haia.

A partir d'aquí les següents estades de Carles a Alemanya les feia acompanyat de la nova advocada. Aquestes consistien en reunir-se en un punt de trobada amb la Isabel i la Núria, juntament amb un equip de psicòlegs i amb la "defensora del menor" –que ve a ser com la Fiscalia de Menors-. En aquestes sessions els experts analitzaven els comportaments tant dels progenitors com de la menor a base de preguntes i anaven elaborant els seus informes on hi descrivien com veien la situació de la Núria i de la mare, concretament van determinar que aquesta mostrava una actitud molt possessiva cap a la seva filla, arribant a posar-la d'esquenes al pare en la mateixa sala de reunions per tal que no poguessin mantenir contacte visual. Els informes pericials van ser traduïts a l'espanyol i Carles els va adjuntar al procés que estava en marxa a Blanes, a la vegada que també s'adjuntaven al procés obert a Alemanya.

Passats quasi bé dos anys, al juny del 2014 va arribar el moment del judici (a Alemanya) on es determinava la il·licitud del trasllat i la corresponent restitució o no del menor, Isabel just unes hores abans va al·legar un dels motius pels quals es pot apreciar la no restitució del menor, el que conté l'article 13.b del Conveni de La Haia i segons el qual si el menor està exposat a un greu risc o perill físic o psíquic amb la seva restitució, aquesta es podrà denegar. Però això no va ser obstacle per determinar la il·licitud del trasllat, ja que finalment el tribunal va decidir que Núria havia de retornar de forma immediata a Espanya.

Passat el termini que establia la sentència i en vistes a que la menor no retornava, Carles va instar l'execució de la sentència . L'autoritat alemanya es va posar en contacte amb la mare per dir-li que si en un nou termini de 24 hores no tornava a la menor al país d'origen, els agents de l'autoritat es presentarien a casa seva per fer entrega de la menor al pare, i per tant seria aquest qui la retornaria a Espanya. Finalment va ser el dia 1 de novembre de 2014 que Isabel va tornar a Catalunya, establint la seva residència i la de la seva filla a Vidreres.

Durant el primer mes el règim de visites es va desenvolupar de forma normal, seguint el mateix que s'havia establert abans del trasllat, però passat aquest Isabel va tornar a retenir a la menor, privant a Carles del contacte amb ella. En aquest període es van tornar a interposar denúncies a Mossos d'Esquadra, i aquest cop es condemnava a Isabel al pagament de multes, però Carles seguia sense veure a la menor.

El mes de maig del 2015 es tenir lloc el judici civil a Blanes, on ambdós progenitors demanaven la custòdia exclusiva per a cadascun d'ells. Carles hi va aportar tots els informes pericials dels experts, i finalment, se li va atorgat la custòdia exclusiva de la Núria, establint per a la mare un règim de visites que es limita a cada dimecres sense pernocta i caps de setmana alterns amb pernocta, així com la meitat de cadascun dels períodes de vacances.

Avui en dia, Carles segueix ostentant el dret de custòdia de la seva filla i ambdós viuen a Blanes.

2. FONAMENTS DE DRET

Al ser la menor trasllada a Alemanya, són els òrgans jurisdiccionals d'aquest Estat els encarregats de conèixer sobre la situació i, conseqüentment, de resoldre si procedeix o no el retorn de la menor a l'Estat de residència habitual. A tals efectes, i com ja sabem, la menor va ser retornada a Espanya. La resolució dels tribunals alemanys es va dictar fonamentant-se en el Conveni de La Haia de 1980, norma que es va aplicar al cas per decretar el retorn.

A continuació, analitzarem la Interlocutòria del Jutjat de Primera Instància de Pankow/Weißensee (Departament d'Assumptes Familiars) , de 6 de juny de 2014, per la qual el jutjador de primera instància acorda el retorn immediat de la menor Núria.

S'inicia la interlocutòria pronunciant la resolució, la qual dictant la obligació de restituir a la menor Núria a Espanya, per part de la demandada, és a dir, la mare. A tals efectes, es concedeix un termini màxim de dos setmanes a partir de la emissió de la resolució. Per tant veiem que en un primer moment, s'encarrega a la mare que sigui ella mateixa, qui retorni a la menor a Espanya. Per contrastar que s'ha dut a terme el retorn, l'òrgan jurisdiccional alemany imposa la presentació davant seu d'una declaració del sol·licitant o, en el seu defecte, d'un organisme públic espanyol,

conforme la mare ha retornat a la menor. En cas que la mare no compleixi aquesta obligació, qualsevol altre persona amb qui es trobés la menor hauria de procedir a la seva restitució, ja sigui al sol·licitant o a una persona que ell hagués designat. Aquesta tasca també la podrà dur a terme un agent judicial.

L'incompliment d'aquestes obligacions comporta una sanció econòmica que pot ascendir fins a 25.000 euros. Així ve establert per els articles 44.3 de la Llei Internacional sobre procediment de dret de família⁵⁴ i el 89 de la Llei sobre el procediment en assumptes familiars i mesures compreses a la jurisdicció voluntària⁵⁵, ambdues alemanyes. El primer article ve a dir que en cas que s'hagi acordat el retorn d'un menor i aquest no s'hagi produït, el Tribunal haurà de dur a terme la execució d'ofici. Va en relació al segon que disposa que per a la infracció d'un títol executiu que dicti la restitució d'una persona, el tribunal podrà imposar una multa al demandat, i en cas que no s'hi pugui fer front o no s'aconsegueixi el propòsit amb la multa, el tribunal ordenarà la detenció com a mesura substitutiva, que podrà arribar fins als sis mesos. Aquesta multa administrativa no podrà superar la quantitat de 25.000 euros. Per tant veiem que pel cas que no es compleixi la primera part de la resolució, el tribunal té la facultat d'intervenir d'ofici per instar l'execució mitjançant la imposició de multes coercitives, que poden arribar fins a la elevada xifra de 25.000 euros.

Si finalment fos l'agent judicial qui s'encarregués del retorn de la menor, aquest està facultat per a utilitzar la coacció immediata contra qualsevol persona obligada a la entrega de la menor, i inclús contra la menor mateixa⁵⁶. També podrà inspeccionar el domicili del demandant o de la persona amb qui se suposi que està la menor. El desenvolupament d'aquestes actuacions podrà

⁵⁴ Art. 44.3 IntFamRVG *“Ist ein Kind heraus- oder zurückzugeben, so hat das Gericht die Vollstreckung von Amts wegen durchzuführen, es sei denn, die Anordnung ist auf Herausgabe des Kindes zum Zweck des Umgangs gerichtet. Auf Antrag der berechtigten Person soll das Gericht hiervon absehen”*

⁵⁵ Art. 89 FamFG *“(1) Bei der Zuwiderhandlung gegen einen Vollstreckungstitel zur Herausgabe von Personen und zur Regelung des Umgangs kann das Gericht gegenüber dem Verpflichteten Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft anordnen. Verspricht die Anordnung eines Ordnungsgelds keinen Erfolg, kann das Gericht Ordnungshaft anordnen. Die Anordnungen ergehen durch Beschluss.*

(2) Der Beschluss, der die Herausgabe der Person oder die Regelung des Umgangs anordnet, hat auf die Folgen einer Zuwiderhandlung gegen den Vollstreckungstitel hinzuweisen.

(3) Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von 25 000 Euro nicht übersteigen. Für den Vollzug der Haft gelten § 802g Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, die §§ 802h und 802j Abs. 1 der Zivilprozessordnung entsprechend.

(4) Die Festsetzung eines Ordnungsmittels unterbleibt, wenn der Verpflichtete Gründe vorträgt, aus denen sich ergibt, dass er die Zuwiderhandlung nicht zu vertreten hat. Werden Gründe, aus denen sich das fehlende Vertretenmüssen ergibt, nachträglich vorgetragen, wird die Festsetzung aufgehoben”

⁵⁶ Aquesta facultat ve determinada per l'art. 90.2 del FamFG, el qual disposa *“Anwendung unmittelbaren Zwanges gegen ein Kind darf nicht zugelassen werden, wenn das Kind herausgegeben werden soll, um das Umgangsrecht auszuüben.”*, és a dir, que la aplicació de força directa contra la menor no es permetrà, excepte si es justifica tenint en compte l'interès superior del nen, utilitzant els mitjans més lleu possibles.

tenir lloc durant la nit, així com qualsevol dia festiu i els diumenges. A més, quan l'execució es compliqui, el cos de policies podrà cooperar amb el propi agent judicial per trobar a la menor.

Particularment, tots els mitjans previstos per al cas que la mare no retorni a la menor els veig encertats, excepte el que disposa que l'agent judicial podrà exercir mesures coercitives sobre la pròpia menor, a menys que que el seu interès superior així ho permeti. No obstant, al no detallar-se quines són aquestes mesures, i tenint en compte la curta edat de Núria, no crec que ningun acte coercitiu sigui positiu per al benestar de la menor, sobretot pel trauma afegit que suposaria passar per tal situació. No obstant, en el cas no es va haver d'optar per cap d'aquestes.

Un cop coneguda la resolució, és precís conèixer els fonaments en què es basa per acordar-la. La norma d'aplicació és el Conveni de La Haia de 1980, doncs quan Carles insta la repatriació immediata de la menor a Espanya ho fa conforme a aquest cos legal.

El Jutge declara com a il·lícit el trasllat de Núria, en base a l'article 3.1 del Conveni. El motiu és que el desplaçament d'Espanya a Alemanya i el consegüent canvi de domicili de la menor es van produir de manera unilateral per la mare, sense obtenir el consentiment del pare, qui també exercia la pàtria potestat. Analitza en aquest punt el jutjador, a qui correspon el dret de guarda i custodia, determinant que segons la sentència recaiguda arrel del procés de divorci contenciós entre Isabel i Carles, s'atorgava aquest dret a la mare. No obstant, també puntualitza que, segons el dret espanyol⁵⁷, la guàrdia i custòdia d'un menor no comporta la facultat de poder traslladar la residència d'un menor de manera unilateral per part de qui l'ostenta, i molt menys a l'estranger. De manera que a tenor d'aquesta interpretació s'estableix la il·licitud del trasllat.

En primer lloc es s'examina la aplicació del Conveni en base a l'art. 4.1, essent aquest concretament aplicable al cas donat que entre la República Federal Alemanya i el Regne d'Espanya aquest Conveni s'aplica des de l'1 de desembre de 1990. La menor, nascuda al 2010, òbviament residia a Espanya després d'aquesta data i fins al moment immediatament anterior de ser traslladada. Coincideix plenament amb el citat article 4.1, el qual estableix que el Conveni s'aplicarà al menor que hagi tingut residència habitual a un Estat contractant immediatament abans de la infracció dels drets de custòdia o visita. Conforme a aquest mateix article, es procedent la sol·licitud ja que Núria compta amb una edat inferior a 16 anys, edat límit marcada pel Conveni.

Com ja s'ha explicat a la exposició dels fets, Carles va instar la sol·licitud de retorn un mes abans del transcurs d'un any des que va tenir lloc el trasllat. En relació, l'article 12 del Conveni estableix que l'autoritat competent haurà d'ordenar la restitució immediata quan la iniciació del

⁵⁷ Es desprèn d'aquesta inferència al dret espanyol l'aplicació de l'art. 14 del Conveni, segons el qual a l'hora de determinar la llicitud o il·licitud d'un trasllat, les autoritats judicials de l'Estat requerit podran acudir a la legislació o les decisions judicials de l'Estat d'origen.

procediment hagués tingut lloc abans del transcurs d'un període inferior a un any des del moment de produir-se el trasllat. Isabel va traslladar a la menor el dia 30 de desembre de 2012, essent sol·licitat el retorn per part del pare, aproximadament, a principis del novembre de l'any 2013. Per tant la sol·licitud de retorn procedeix en no sobrepassar el límit d'un any establert al Conveni. Per aquest motiu, s'acorda per part del jutge alemany el retorn de la menor. Ara bé, fa constar que no es pot exigir la restitució per part del sol·licitant, sinó que cap esperar a que la mare torni a la menor a Espanya.

Determinada la il·licitud i la admissió de la demanda de retorn, ve el moment d'examinar les causes d'oposició a la restitució que s'hagin al·legat per la part demandada. En aquest cas, trobem l'al·legació de l'art. 13.b) del Conveni, excepció que el tribunal rebutja per entendre que no hi ha motius suficients ni queda acreditat que el retorn suposi un greu risc de dany físic o psíquic per a la menor, així com tampoc s'aprecia que la menor quedi en situació de vulnerabilitat. La demandada al·lega altres motius, com la falta d'idoneïtat del pare per tal que la menor estigui en la seva companyia. El Jutgador, molt encertadament, s'aparta d'aquestes al·legacions a tenor del que disposa l'article 16 del Conveni, deixant en mans de la justícia espanyola les qüestions de les relacions patern-filials.

Tot i que la sentència em sembla molt encertada, en quant crec que donades les condicions, el millor era ordenar el retorn de la menor a Catalunya, no crec que s'hagi executat la resolució amb tota la diligència que precisa un procediment d'aquestes dimensions. Si ve la sentència es dicta el sis de juny de 2014, la mare no retorna a Catalunya fins el dia 1 de novembre del mateix any, transcorreguts 5 mesos des que es va dictar la resolució. Es una dada que crida l'atenció si es té en compte que la sentència dedica quatre apartats dels cinc que conformen la resolució a establir el procediment mitjançant el qual la menor haurà de retornar a l'Estat d'origen. A més, com ja hem tingut la oportunitat d'analitzar, quan aquest procés de retorn no es compleix, el Jutge té la facultat d'instar la execució de la sentència d'ofici, arribant a la imposició de multes coercitives i fins i tot a ordenar que un agent judicial sigui l'encarregat de localitzar i retornar a la menor al pare. Del testimoni del propi sol·licitant es confirma que fins que ell mateix no va comunicar al Jutjat que la menor no havia retornat, no es van adoptar mesures encaminades a fer-lo efectiu. A partir d'aquell moment va ser quan es va notificar a la demandada les conseqüències que per a ella tindria no complir amb la obligació de retorn.

Aparentment, la resolució rossa la perfecció. Però si anem més enllà conté algun error, fora del que puguem considerar moral o no –com les mesures de coacció sobre els menors-. Veiem que el termini que les autoritats judicials disposen per arribar a una decisió es va vulnerar en aquest cas, ja que l'article 11 del Conveni estableix que aquest serà de sis setmanes des que es va iniciar el procediment. En el nostre cas, si suposem que Carles va sol·licitar el retorn el dia 1 de novembre

de 2013, com a molt tard el dia 13 de desembre del mateix any s'hauria d'haver dictat una decisió. No essent així, la resolució va tenir lloc sis mesos més tard, i si tenim en compte que la menor, al moment de ser traslladada, tenia dos anys, és evident que aquesta demora en la decisió va provocar un greu perjudici a la relació entre pare i filla.

Relacionat amb això, és evident que si es vulnera el termini establert per a dictar l'ordre de retorn, ja no té cap sentit que la obligació de presentar la demanda abans del transcurs d'un any per poder obtenir la restitució. Tant és així que al resoldre's en sis mesos, la menor ja va estar fora del seu lloc de residència habitual divuit mesos (des de desembre de 2012 fins al juny del 2014), i si a això hi tornem a afegir el termini de demora en què la mare va incomplir la seva obligació de no retornar a la menor, en passen vint-i-tres de mesos allunyada de l'Estat d'origen i de la vida que allà tenia. És obvi que el termini de sis setmanes per resoldre persegueix la ràpida restitució del menor, evitant així un perjudici al mateix. Més greu és el cas quan es té en compte que durant aquests vint-i-tres mesos el pare només la veu quatre cops, essent visites programades en un Punt de Trobada a Alemanya. Per a més *inri*, quan ja per fi la menor va retornar al seu lloc d'origen al novembre del 2014, si que és cert que el pare va poder complir el seu règim de visites amb normalitat, però aquesta sort va cessar al desembre de 2014. I novament no ha poder mantenir el contacte amb la seva filla, tot i estan aquest cop a escassos quilòmetres d'ella, fins que no li va ser atorgada la custòdia al maig del 2015.

Amb això el que pretenc fer veure és que el factor més important en tots els supòsits de sostracció internacional de menors és, sens dubte, el temps. Quan el procediment no transcorre de la manera en que es preveu a cada norma, acaba esdevenint un cúmul de despropòsits per al menor en qüestió. Bàsicament, que les actuacions es facin dins del temps que a cada una pertoca, és cosa d'organització i de cooperació entre Estats, per això crec que s'hauria d'adoptar un sistema millor o, si més no, complir amb les mesures coercitives que s'estableixen tant a les lleis internes com als Convenis o Reglaments, i no deixar que els progenitors sostractors, que ja prou mal han causat als seus fills menors, provoquin més dilacions al procés intentant allò inevitable: el retorn dels seus fills.

V. CONCLUSIONS

En el present treball s'ha dut a terme un estudi de les normes que actualment regulen el fenòmens de la sostracció internacional de menors. S'ha pogut apreciar que algunes d'elles s'apliquen més habitualment que d'altres, però tot i això, no deixen de ser molts instruments que regulen una mateixa situació.

Com a crítica general que podria fer cap a tot aquest sistema de normes, és la situació en la que queden els menors que formen part de països no contractants de cap d'aquests cossos legals. Tot i que aquest tema no s'ha tractat en cap punt específic del treball, al llarg de l'estudi m'he adonat que és sorprenent la desigualtat en la que cauen alguns menors pel simple fet de residir a un país no signatari de cap norma. En efecte, quan el menor resident d'un Estat que no forma part del Conveni de La Haia és traslladat o retingut a un altre Estat, no obté la mateixa protecció que la resta de menors residents a Estats que sí formen part d'aquest. És tracta d'una veritable desigualtat entre persones del mateix col·lectiu i en la mateixa situació, donat que el mateix dret tenen uns menors que els altres a estar en companyia dels seus progenitors i no esser privat del contacte amb cap d'ells, així com tampoc de la resta dels seus familiars ni del seu entorn habitual. Aquest és el primer punt que s'hauria de millorar, ja que com bé hem après en aquest treball, el denominador comú de tots els instruments, tant nacionals com internacionals, que pretenen sancionar la sostracció de menors, és l'interès superior d'aquests i el seu benestar general. Per aquest motiu, un primer avanç seria garantir el retorn de tots els menors en les mateixes condicions, sigui quin sigui el seu país d'origen. Per sort, és una situació que va desapareixent amb el pas del temps, ja que cada cop més països s'adhereixen

Respecte el Conveni de La Haia, i centrant-nos concretament en l'article 3, aquest estableix que per a considerar un trasllat il·lícit s'ha d'haver infringit un dret de custòdia atribuït a una persona, institució o organisme. No obstant, crec que no especifica prou bé el contingut del concepte "dret de custòdia", poden plantejar certs problemes a la pràctica. L'article 5 només ens diu que aquest compren el *dret relatiu a vetllar per la persona del menor, i, en particular, el de decidir sobre el seu lloc de residència*. És un concepte que queda en mans del que estableixi la legislació nacional de cada Estat, per això comporta problemes, perquè aquests drets nacionals no estan unificats, i el que en un Estat pot ser considerat dret de custòdia d'una certa manera, en un altre pot ser totalment diferent. El que està clar és que per a una completa eficàcia del Conveni no s'ha d'interpretar de manera que el dret de custòdia correspongui només al progenitor a qui se li ha atribuït, ja sigui judicialment o mitjançant un pacte, sinó que s'ha d'entendre com aquell dret relatiu a vetllar pel benestar del menor, i sobretot a escollir la seva residència, dret que recau sobre tots dos progenitors, independentment de qui en tingui la custòdia absoluta. En cas contrari, una interpretació restrictiva que només considerés com a il·lícit el trasllat dut a terme pel progenitor

que ostenta el dret de visites, estaria deteriorant la finalitat del Conveni i l'interès superior del menor, per reduir les possibilitats de retorn d'aquest.

Un altre problema, i aquest l'he pogut detectar arran de tractar amb el cas pràctic que vaig analitzar per dur a terme el present treball, és el fet que tant jutges com advocats desconeixen el procés a seguir en casos de sostracció de menors. Tot i que a la part pràctica no s'ha pogut reflectir prou bé, és el principal problema amb el que es va trobar el pare a qui vaig entrevistar. De fet, segurament també és el problema amb el que s'han trobat molts progenitors. La persona a qui vaig poder entrevistar va deixar l'assumpte en mans del seu advocat des del primer moment que va conèixer el trasllat de la seva filla a Alemanya. Tot i detectar la situació amb temps (només havien passat uns dies quan es va assabentar que la seva filla havia sigut traslladada a Alemanya per part de la mare amb el propòsit de no retornar), la seva representació no va saber quina via seguir per aconseguir el retorn de la menor, i mostra d'això és que es van iniciar diversos processos penals per incompliment d'obligacions familiars, i per la via civil, un procés sobre modificació de mesures. Però en cap cas es va iniciar el procediment previst a cap de les normes reguladores de la sostracció de menors, com el Conveni de La Haia o el Reglament Europeu 2201/2003. D'altra banda, el jutjador de primera instància tampoc va manifestar-se en cap moment sobre la inadequació del procés que s'estava utilitzant (el de modificació de mesures) per la finalitat que es perseguia, és a dir, la de que la menor retornes. De no ser pels mitjans de comunicació, gràcies als quals va saber que existia un procediment especial per a casos com el seu, segurament l'entrevistat avui en dia no hagués pogut aconseguir el retorn de la seva filla. Paral·lelament, també hi ha un desconeixement general per part dels pares.

Per això crec que aquest desconeixement per part dels professionals del dret i dels pares, pot comportar el retard en els procediments. I s'ha de tenir en compte que el factor temporal és el més important a l'hora d'obtenir un pronunciament favorable de restitució, ja que totes les normes analitzades determinen terminis que, un cop vençuts, impossibiliten el retorn del menor per diverses circumstàncies, entre elles la integració del menor al nou entorn.

En alguns casos, ens podem trobar que l'òrgan jurisdiccional de l'Estat requirent, qui és competent per decidir sobre la licitud o il·licitud del trasllat o retenció i, conseqüentment, qui determina si el menor ha de retornar, es pronuncia també sobre qüestions de fons. És un error que pot produir-se a causa del ja mencionat *nacionalisme judicial*, mitjançant el qual els òrgans jurisdiccional de l'Estat requirent atorguen la custòdia del menor traslladat il·lícitament a la persona que ha dut a terme aquest trasllat, i que sol ser nacional d'aquest mateix Estat. Altre vegades es pot donar de manera involuntària, simplement per pensar que s'és competent per dictar un pronunciament d'aquestes característiques o per desconèixer el que disposen les normes. Però a efectes pràctics i per tal de garantir la rapidesa del retorn, no es permeten pronunciaments sobre

el fons de l'assumpte, els quals causarien dilacions al procés i no permetrien que el menor fos retornat de manera immediata.

Es planteja un problema comú tant al Conveni de la Haia com al Reglament 2201/2003. Aquest és el que versa sobre el greu risc previst a l'article 13 del Conveni de La Haia, el qual repercuteix directament sobre el Reglament en quan aquest, a l'article 11.8, permet que un òrgan competent decideixi el retorn d'un menor que anteriorment havia estat denegat en base, precisament, a aquest greu risc. Sovint ens podem trobar que el progenitor sostractor al·lega aquest greu risc per tal de retardar la decisió del Tribunal, o fins i tot que s'al·legui sense estar provat i que en base a aquest possible perill es denegui el retorn. Crec que és important que es resolgui sobre la utilització fraudulenta d'aquest concepte, i una possible actuació seria definir o acotar el concepte a determinades situacions previstes a les pròpies normes. És un concepte massa ampli i vague per la importància i sobretot la rellevància que pot tenir, ja que a vegades és determinant a l'hora de resoldre sobre el possible retorn. Per tant, o bé es defineix amb claredat el significat de *greu risc*, o bé una altra opció és interpretar-lo el més restrictivament possible, utilitzant-lo només quan hagi quedat provat de manera suficient.

Per últim, i respecte la nova llei interna espanyola que preveu el procediment pel qual es retornaran o restituiran els menors trobats a Espanya, les novetats que presenta en comparació a l'antiga regulació de la LEC de 1881 han estat molt encertades. En un primer moment pot semblar arriscat concentrar la competència als Jutjats de Primera Instància de la capital de província pel fet que la distància respecte on es trobi el progenitor sostractor i el menor pot semblar un obstacle, però si s'analitza des d'un punt de vista funcional, aquesta opció dóna molta més garantia. Ja he mencionat al corresponent apartat la meua simpatia amb aquesta novetat, i és que així es garanteix que no hi hagi problemes de retard en els procediments, donat que els jutges que coneguin els supòsits de sostracció estaran especialitzats respecte aquesta matèria i això els permetrà resoldre de manera més àgil i ràpida un procediment. Pel que fa a l'audiència del menor, aquesta està més desenvolupada i garantida que a l'anterior regulació, essent un punt clau sobretot quan el menor ja té una certa edat que li permet de fer valer la seva voluntat respecte la situació en la que es troba.

VI. BIBLIOGRAFIA

Carmen AZCÁRRAGA MONZONÍS. (2015). Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente. *Revista boliviana de derecho*, 20, 192-213

Celia María CAAMIÑA DOMÍNGUEZ (2010), *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Colex, Madrid.

Alfonso Luís CALVO CARACAVA i José Luís IRIARTE ÁNGEL (2001), *Jornada sobre Mundialización y Familia*, Colex, Madrid.

Alfonso Luís CALVO CARAVACA, i Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, (2011) “Capítulo IV, Cooperación jurídica como instrumento para el diálogo entre culturas. Sustracción internacional de menores: una visión general” en Gamarra Chopo, Yolanda (Directora), *El discurso civilizador en Derecho Internacional: cinco estudios y tres comentarios*. Diputación de Zaragoza, Zaragoza

José Miguel DE LA ROSA CORTINA (2010), *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant Lo Blanch, València.

Juan Antonio DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, (2014). *La ruptura de matrimonios entre españoles y extranjeros con menores: Una estadística comparada*. Papers: Revista de Sociología, 99

Francisco Javier FORCADA MIRANDA, (2015). *El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)*. Millenium DIPr, 3, 40-53.

Francisco Javier FORCADA MIRANDA (2015). *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*. Las Rozas: Ed. Jurídica Sepín, Madrid.

Yolanda GAMARRA CHOPO (2011). *El discurso civilizador en Derecho Internacional: cinco estudios y tres comentarios*. Diputación de Zaragoza, Zaragoza.

Blanca GÓMEZ BENGOCHEA (2002), *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980*, Dykinson, Madrid

Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO (2009), *El derecho de familia en expansión: la compensación (art. 1438 del Código Civil). Sustracción internacional de menores. La filiación. Extranjería y familia*, Dykinson, Madrid

Pilar GONZÁLVEZ VICENTE (2007), *La sustracción internacional de menores y su nueva regulación*, Revista Jurídica de Castilla i Lleó nº11, pàgs. 67-124.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO (2008), *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid.

Juan Ramón LIÉBANA ORTIZ (2015), *El nuevo proceso relativo a la sustracción itnernaiconal de menores*, Redur nº13, pàgs 83-109.

Paz LLÓRIA GARCÍA, (Coord.) (2008), *Secuestro de menores en el ámbito familiar. Un estudio interdisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Madrid

Elisa PÉREZ VERA (1982), *Informe explicatiu del Conveni sobre els Aspectes Civils de la Sostracció Internacional de Menors*.

Isabel REIG FABADO (2015), *El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores*, Revista Boliviana de derecho nº20, pàgs 242-263.

María Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, (2014). *Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I*. Cuadernos de derecho transnacional, vol.6 nº1, 330-347.

Daniel VÁZQUEZ I ALBERT (2015), *El derecho de familia y los nuevos modelos de familia. Novedades doctrinales y jurisprudenciales*, Aranzadi.

CONFERENCIA DE LA HAIA DE DRET INTERNACIONAL PRIVAT (2003), *Guia de bones practiques en virtut del Conveni de La Haia de 1980 sobre els aspectes civils de la sostracció internacional de menors*. Primera part. Pràctica de les Autoritats centrals.

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, *Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres. Propuesta de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores al Consejo Directivo del Instituto Interamericano del Niño*.

VII. SENTÈNCIES

Sentències Tribunal Europeu de Drets Humans

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, Secció 1^a, de 6 de novembre de 2008, assumpte 2008/86 Carlson contra Suïssa.

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans (Secció 5^a), assumpte 2010\121726_Macready contra República Txeca, de 22 d'abril de 2010

Sentències Tribunal de Justícia de la Unió Europea

Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (Sala tercera), d'11 de juliol de 2008, assumpte 161/08, Procés Penal contra Inga Rinau

Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 3^a), de 12 de novembre de 2014, assumpte 653/13, L contra M.

Sentències Tribunal Constitucional

Sentència del Tribunal Constitucional 16/2016, d'1 de febrer de 2016

Sentències Tribunal Suprem

Sentència del Tribunal Suprem 3051/2006 (Sala civil, Secció 1^a), de 23 de maig. (R 766/2003)

Sentències Audiències Provincials

SAP d'Astúries 2193/2000 (Sala civil, secció 4^a), de 14 de novembre. (R 846/1999)

SAP d'Ourense 18/2000 (Sala civil, secció 2^a), de 29 de setembre (R 2000/30223)

SAP d'Astúries n°38/2003 (Sala Civil, Secció 7^a), de 5 de març

SAP d'Illes Balears n°58/2003 (Secció 4^a) de 23 d'abril

SAP de Las Palmas n° 118/2003 (Sala Civil, Secció 3^a), de 2 de juliol

SAP de Sevilla n° 187/2004 (Sala Civil, Secció 6^a), de 16 de setembre

SAP d'Almeria nº 28/2004 (Secció 3ª), de 30 d'abril

SAP de Barcelona nº164/2004(Secció 18ª) de 23 de juny

SAP de Las Palmas 144/2006 (Secció 5ª), de 18 de juliol de 2006.

SAP de Madrid 112/2006 (Sala Civil, Secció 22ª), de 21 d'abril. (AC/2006/1035)

SAP de Sevilla nº 185/2008 (Secció2ª) de 12 de setembre

SAP de Barcelona 312/2010 (Sala Civil, secció 12ª), de 20 de desembre de 2010 (recurs 2011/226).

SAP d'Illes Balears 160/2010 (Secció 4ª), de 22 de desembre de 2010 (recurs 1863/2011)

SAP de Màlaga 243/2015 (Secció 6ª), de 30 d'abril de 2015 (recurs 2015/1776)