

## **AUTE**

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 30 de juliol del 2019.

Reunida la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del magistrat Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA, que ho és del Tribunal Superior, i els magistrats Sr. Vincent ANIÈRE i del Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

### **ANTECEDENTS DE FET**

**I.-** En data 1.10.18 el Batlle de guàrdia va dictar Aute i va acordar :

**"PRIMER.-** *Desestimar la petició de restitució del menor O.A R.S nascut el 23 d'octubre del 20XX a S C, República Dominicana i amb número de passaport XXXXXX.*

**SEGON.-** *Notificar a la part personada i al Ministeri Fiscal la present resolució. La present resolució també ha de ser notificada, als efectes pertinents i en la seva qualitat d'autoritat central competent del Principat d'Andorra, al Departament d'Interior del Govern d'Andorra."*

**II.-** Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació el Ministeri Fiscal i, en virtut dels arguments que exposa en el seu escrit de recurs de data 4.10.18, interessa la revocació de l'Aute del 1.10.18, procedint-se a acordar la restitució immediata del menor Ó.A.R.S en el sentit sol·licitat per l'autoritat central de la República Dominicana.

**III.-** La representació processal del Govern per escrit de contesta al recurs considerant que els arguments esgrimits pel Ministeri Fiscal són encertats.

La Sra. Oll.S.M per escrit de contesta al recurs de data 4.1.19, sol·licita que es desestimi el recurs formulat pel Ministeri Fiscal contra l'Aute del 1.10.18 i estimant les pretensions manifestades en el cos de l'escrit.

Altrament, sol·licita que s'incorpori amb caràcter probatoris els documents adjuntats i assenyalats amb els números 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 7, així com que s'oficiï al servei d'immigració a fi que aportin còpia de tota la documentació de la petició de reagrupament familiar del menor O.A.R.S.

**IV.-** Per Aute d'aquesta Sala de data 22.5.19, el Tribunal decidí :

*“Primer.- Donar lloc parcialment a les pretensions adduïdes per la Oll.S.M en el seu escrit de contesta al recurs i consistent en què s'incorporin en autes i a efectes probatoris els documents 1a 7 acompanyant l'escrit ans ressenyat.*

*Segon.- Concedir a les parts litigants i al Magnífic Ministeri Fiscal un termini de **cinc (5) dies hàbils** a fi que manifestin el que tinguin per convenient al respecte i si ho consideren oportú.”*

**V.-** Per escrit de manifestacions de data 27.5.19 el Ministeri Fiscal ratifica íntegrament el seu escrit de recurs de data 4.10.18, interessant la revocació del l'Aute, procedint-se a acordar la restitució del menor en el sentit sol·licitat per l'autoritat central de la República Dominicana.

Ha actuat com a magistrat ponent el Sr. Carles CRUZ MORATONES.

## FONAMENTS DE DRET

**PRIMER.-** En el present procediment de restitució de menor a l'estranger, el Batlle de guàrdia va decidir que el menor O.A.R.S, nascut en el dia 23 d'octubre de 20XX a S.C. (República Dominicana) i de nacionalitat Dominicana no hagi de retornar amb el pare que segueix en aquell país on va viure el nen fins a l'octubre de 2017 que va venir a viure amb la seva mare a Andorra.

Contra tal decisió s'alça el Ministeri Fiscal.

### **SEGON.- Fets provats**

**1)** La mare de l'O es va divorciar al seu país d'origen i va obtenir la custòdia dels seus dos fills menors d'edat, A BDJ i OA per sentència 01583-2013 del Jutjat del Jutjat de Primera Instància del Districte de S de data 22 de juliol de 2013. El pare dels menors va estar en rebel·lia en aquell procediment, malgrat haver estat degudament citat.

**2)** La mare va conviure amb els seus dos fills fins a començaments de l'any 2017 en què va decidir emigrar amb la seva parella al Principat. Va instar la sol·licitud de reagrupament familiar en el nostre país per portar el seu fill Or, però se li va comunicar que necessitava esperar a un any de residència d'ella al Principat per poder-ho fer. Mentre el menor va quedar en la companyia del seu pare, el qual no va instar cap modificació dels efectes sobre la custòdia davant el Tribunal que l'havia acordat.

**3)** En haver transcorregut l'any, en el mes de maig de 2018, la mare va tornar a República Dominicana per poder efectuar els tràmits per portar amb ella el seu fill O. En fer-ho, el pare va sol·licitar ell sol una autorització per la sortida del seu fill amb la seva mare i desplaçar-se al Principat. En la seva tramitació va comparèixer davant del *Primer Tribunal de ninos, niñas y adolescentes del Distrito judicial de Santiago*, en el qual va restar declaració en el sentit de que el viatge amb la seva mare a Andorra tenia finalitat “*de vacaciones*” y que tindria com a règim de visites “*mientras esté de paseo una llamada diària. Cuando el niño regrese al país vivirá con su padre*”.

**4)** La sentència administrativa d'aquesta sala número 01328 de 30.5.18 va autoritzar la sortida del nen amb la mare, la qual el devia retornar-lo al país en el dia 21.8.18. No consta que se li notifiqués aquesta decisió judicial administrativa a la mare. La mare no el va retornar en el termini indicat per estimar que el nen ja es podia quedar al nostre país.

**5)** La resposta a aquesta decisió de la mare, va venir de que el pare va acudir a la CONANI (*Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia*), la qual com Autoritat Central Dominicana, va instar petició de retorn al seu país del menor.

**6)** En el nostre procediment judicial, el menor va declarar en presència del Sr. Batlle en el dia 26.9.18 (apunt de complir els 15 anys d'edat) i va manifestar que va venir en companyia del seu germà que ja té 21 anys per quedar-se a viure al Principat però que el seu germà va tenir que retornar al seu país; que no se sentia a gust amb conviure amb el seu pare a partir del gener de 2017 ja que el pare imposava les seves opinions i la seva actitud generava moltes discussions; que està escolaritzat a l'institut espanyol i s'ha adaptat al país on es troba a gust; que la seva mare treballa i està casada i conviuen amb el seu marit i que la relació que ell manté amb el marit és bona; finalment, que la seva intenció és romandre al Principat i de no retornar a la República Dominicana.

**7)** En el mes d'octubre de 2018, la mare i el nen varen viatjar a la República Dominicana. Les seves representants ja havien instat a la Sala que havia autoritzat la sortida del nen només fins el 21.8.18 a que deixés sense

efecte aquella decisió perquè va ser fruit d'una declaració unilateral del pare i que s'acordés la "Guarda y Autorización de Visa de Residencia" (no de "vacaciones") en favor de la mare. Finalment la Sala va dictar sentència el 18.9.18 en la qual acordava el sobreseïment de les actuacions perquè ja li constava que la CONANI havia instat de l'Autoritat Central espanyola (que ho va trametre al nostre país) la petició de retorn del menor.

8) No consta que ni s'hagi acordat cap modificació de l'atribució a la mare de la guarda del seu fill O, ni tampoc es va acordar cap mesura cautelar de prohibició de sortida del país del menor que va tenir lloc en el dia 31.10.18 de Santo Domingo a Barcelona, via Madrid.

**TERCER.- El Conveni sobre els aspectes civils del segrest internacional de menors, fet a l'Haia el 25 d'octubre de 1980 i ratificat per Andorra en el dia 16.10.2010 (BOPA de 19.1.11). Excepcions al retorn**

El Conveni indicat (en endavant, Conveni de l'Haia) té per finalitat essencial - com es recull en el preàmbul de l'acord de ratificació del Consell General del nostre país- *"Es tracta d'un instrument breu (només 36 articles dedicats al procediment) de cooperació entre estats, que intenta resoldre al més ràpidament possible, sense entrar en el fons de la qüestió, les situacions que posen en perill l'exercici efectiu dels drets de custòdia i visita dels progenitors sobre els seus fills o les institucions o organismes a càrrec seu, i persegueix el restabliment immediat de l'statu quo, o sigui, el retorn a la normalitat i a l'estabilitat emocional i social dels infants desplaçats o retinguts il·lícitament en un altre estat. Aquest desplaçament o retenció il·lícita queden definits al Conveni com a segrest."*

I més endavant, pel que després direm per resoldre aquest cas, llegim:

*"Entre altres coses, el Conveni fixa l'edat de 16 anys com el límit màxim per exigir el retorn dels menors (article 4). Cal recordar que, en la majoria dels ordenaments jurídics, els majors de 16 anys poden ser objecte d'emancipació per diversos motius adquirint un complement de capacitat que els permet actuar amb més flexibilitat en el món del dret. Sovint, els menors poden, en alguns casos, decidir lliurement el seu lloc de residència a partir dels catorze anys. Per tant, el consentiment del menor és clau a l'hora de decidir el seu possible retorn d'acord amb la seva edat i el seu grau de maduresa emocional. D'aquí ve aquest límit d'edat."*

**QUART.-** Interessa doncs ara centrar-nos en el tema de l'edat. L'O va néixer -com ja hem dit- en el dia 23.10.20XX, és a dir que quan va declarar davant el Batlle estava a punt de complir els 15 anys. O sigui a un any per a

que ja no li fos d'aplicació el Conveni. Recordem de nou que a partir del 16 anys ja no li és d'aplicació però malgrat aquest límit, el Conveni ja preveu per sota d'aquesta edat, segons l'article 13 que:

*“No obstant les disposicions de l'article anterior, l'autoritat judicial o administrativa de l'estat requereix no té l'obligació d'ordenar el retorn del menor quan la persona, la institució o l'organisme que s'oposa al seu retorn estableix que:*

*a) la persona, la institució o l'organisme que era responsable de la cura del menor no exercia de manera efectiva el dret de custòdia en el moment del desplaçament o de la retenció, o havia consentit o assentit posteriorment aquest desplaçament o aquesta retenció, o*

*b) existeix un risc greu que el retorn del menor l'exposi a un perill físic o psíquic, o el situï d'alguna manera en una situació intolerable;*

***L'autoritat judicial o administrativa també pot denegar l'ordre de retorn del menor si constata que aquest darrer s'oposa al seu retorn i que ha atès una edat i una maduresa en què resulta convenient prendre en consideració la seva opinió.***

*Tenint en compte les circumstàncies esmentades en aquest article, les autoritats judicials o administratives han de considerar totes les informacions proporcionades per l'autoritat central o per qualsevol altra autoritat competent de l'estat de la residència habitual del menor, referents a la seva situació social.”*

Així doncs ens trobem davant determinades excepcions al retorn del menor que es contenen en l'article 13 i una d'elles és l'opinió d'ell quan la seva edat i una maduresa aconsellen prendre en consideració la seva opinió. I això és el que ha dut al Batlle -que l'ha pogut escoltar personalment- a tenir en compte la seva oposició i no accedir a la petició de l'Autoritat Central de la República Dominicana, a petició del pare. Compartim aquest criteri. Si a l'edat més propera als 16 anys que són el límit d'aplicació del Conveni, ja es manifesta de manera contundent i coherent per la seva maduresa que no és vol accedir al retorn i que ja va venir amb la creença que la seva estada al nostre país ja era definitiva, cal atendre a l'excepció prevista en el Conveni. Aquest també ha de ser interpretat a la llum de la legislació internacional que protegeix els drets dels infants i dels adolescents i evitar decisions autoritàries que els afectin que més poden ser protectores del principi d'autoritat parental, que de la voluntat i de l'interès superior de l'adolescent, que, com ha recordat en reiterades ocasions el TEDH (STEDH de 22 juny de 1989, Erikson contra Suècia i de 27 d'octubre 2011, Bergmman contra República Checa, entre d'altres), cal preservar de manera prioritària.

**CINQUÈ.-** Però existeixen uns arguments de reforç que no podem deixar d'esmentar. El primer pot articular-se entorn la custòdia atribuïda a la mare.

Aquesta es va fer per un Tribunal Civil en sentència civil (no administrativa com la que afecta al Visat per sortir del país) que acorda el divorci dels progenitors. La va exercir la mare de manera directa durant gairebé quatre anys. I quan va decidir emigrar a Andorra amb la seva parella i en no poder ja portar el seu fill petit amb ella perquè necessitava passar un any de residència al Principat, resulta creïble que va arribar a un acord amb el pare de que aquest es fes càrrec de manera transitòria de la guarda de fet de l'O. Això explicaria que el progenitor masculí no instés cap modificació de la mesura atribuïda a la mare davant el Tribunal Civil i també explicaria que el fill es pensés que venia a Andorra de manera definitiva. També resulta significatiu que per part de les autoritats de la República Dominicana no es prenguessin mesures per evitar la sortida del país del nen en el dia 31.10.18. Per acabar aquest argument, no ens consta cap queixa del pare que des de que el seu fill O va arribar a Andorra no hagi pogut comunicar amb ell quan ho hagi desitjat.

El segon argument de reforç fa referència que l'article 15 preveu que les autoritats central d'un estat requeridor puguin demanar al demandant (en aquest cas al pare) una certificació on es constati que el desplaçament o la retenció del menor ha estat il·lícita, d'acord amb el que preveu l'article 3 del Conveni. En aquest cas on podien coexistir dues sentències (una civil, relativa al divorci i atribució de la guarda a la mare, i una altra administrativa, relativa al Visat del menor per sortir del país), sembla que hagués resultat convenient aclarir-ho per l'Autoritat Central Dominicana, a menys que aquesta Autoritat desconegués l'existència de la primera sentència relativa al divorci.

Finalment, el tercer argument de reforç es centra en la diferent naturalesa i finalitat dels dos procediments judicials seguits en la República Dominicana. De la lectura de la sentència administrativa es constata que no hi ha cap referència a la situació de divorci del matrimoni ni de la custòdia atribuïda a la mare, com tampoc hi ha cap participació d'aquesta en la tramitació ni tan sols que se li hagués notificat a ella posteriorment. Per tant, això permet també posar en dubte que estiguem davant de qualsevol dels supòsits de retenció il·lícita previstos en l'article 3 del Conveni.

I afegirem respecte a l'argument del Ministeri Fiscal que la proclamada "custòdia exercida de manera efectiva pel pare" que inclou en la lletra b) del precepte pugui ser compartit, perquè aquell exercici efectiu es refereix "aquest dret", és a dir, al "dret de custòdia atribuïda a una persona" de lletra a) i no a que l'altre progenitor que no la té atribuïda pugui estar custodiant de manera efectiva al menor. La premissa major del precepte és tenir atribuïda la custòdia i la premissa menor que efectivament s'exerceixi. Aquesta segona sense la primera, no és el supòsit d'il·licitud que preveu el Conveni.

**SISÈ.-** En conclusió, tant per l'opinió madura del menor i la seva edat, com perquè no resulta acreditat de manera indubitada que estiguem davant d'una retenció il·lícita, hem de confirmar la decisió d'instància.

**SETÈ.-** Atesa la naturalesa d'aquesta classe de litigis, no fem imposició de les costes en aquesta alçada.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas,

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

## **DECIDEIX**

DESESTIMAR el recurs interposat pel MINISTERI FISCAL contra l'Aute de l'Hble. Sr. Batlle de data 1 d'octubre de 2018 que confirmem íntegrament.

No fem pronunciament sobre costes d'aquesta alçada.

Aquesta resolució és ferma i executiva.

Així per aquesta nostra resolució, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-