

# El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita

M<sup>o</sup> DEL MAR VELÁZQUEZ SÁNCHEZ  
Universidad de Salamanca

## SUMARIO

1. Introducción
2. Fundamento y objeto del Convenio
3. Ámbito de aplicación del Convenio
4. Cooperación internacional y mecanismos para facilitar el funcionamiento del Convenio
5. La obligación de devolución inmediata
6. Solicitud, reconocimiento y ejercicio del derecho de visita
7. Reconocimiento y ejecución de decisiones
8. Valoración crítica del Convenio

## 1. INTRODUCCIÓN

1. La fuerte afluencia de emigrantes marroquíes a nuestro país, durante los últimos veinte años, ha propiciado un importante incremento del número de parejas mixtas hispano-marroquíes, cuya unión no siempre ha llegado a buen puerto, pero que, en la mayoría de los casos, ha dado lugar al nacimiento de hijos que, en caso de ruptura de la pareja, se han convertido en el objetivo primordial de

las pretensiones de ambos progenitores; esto, unido a las importantes diferencias sociales y religiosas existentes entre la cultura islámica y la española, ha propiciado bastantes dificultades a la hora de pretender el reconocimiento y ejecución de decisiones, en materia de derechos de custodia y visita de menores, así como graves perjuicios para los menores afectados y para sus madres españolas, que se han visto desprotegidas a la hora de reclamar la restitución de sus hijos ilícitamente trasladados a Marruecos por el progenitor marroquí. La separación arbitraria del menor del progenitor bajo cuya custodia se encuentra, casi siempre se produce de la siguiente manera: el padre marroquí, que viene a España a visitar a su hijo, cuya guarda y custodia ha sido atribuida a la madre, en lugar de restituir el menor a su madre, una vez finalizado el período de ejercicio del derecho de visita, se lo lleva a Marruecos, dónde es acogido como un marroquí musulmán, en salvaguarda de la fe islámica; no obstante, en muchas otras ocasiones, el desplazamiento del menor se produce incluso antes de que haya recaído una resolución sobre su custodia, con lo cual, la desprotección de la madre es aún mayor.

2. Cuando el problema de sustracción internacional de menores surge entre nacionales marroquíes y españoles, las principales dificultades y los obstáculos más

<sup>1</sup> Marruecos es uno de esos Estados en los que el estatuto personal del individuo se rige por su pertenencia a una religión concreta; dice F. Monéger que en cierto número de Estados, religión y Derecho están íntimamente ligados, dependiendo el estatuto de la persona, en estos casos, no de su nacionalidad o de su domicilio, sino de su religión; este supuesto se produce en numerosos países árabes y en países multiconfesionales, como Líbano o Grecia. («Les musulmans devant le juge français», *Journ. Dr. Int.*, 1994, p. 347). I. Barrière-Brousse, también pone de relieve la influencia de la religión, en los países de tradición islámica, en lo referente a cuestiones de Derecho de familia ("L'enfant et les conventions internationales", *Journ. Dr. Int.*, 1996, pp. 885 y ss).

<sup>2</sup> C. González Beilfuss hace referencia a que conviene recordar que el Derecho marroquí se ha caracterizado por su fidelidad a la tradición islámica, inspirándose, de manera directa, en el Derecho musulmán malequita. («La aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya por Marruecos y sus consecuencias», *R.E.D.L.*, 1994, p. 453). F. Monéger constata que en la mayoría de los países islámicos, en materia de estatuto personal, se aplican las reglas extraídas directamente del Corán. («Les musulmans...», *loc. cit.*, p. 358).

<sup>3</sup> En este sentido se manifiesta P. Decroux, mencionando una sentencia de la Corte Suprema de Marruecos, de 5 de enero de 1979 (asunto Eugène Girel). («La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire», *Journ. Dr. Int.*, 1985, p. 64).

<sup>4</sup> A través de tres Dahirs, núms. 1.93.345, 1.93.346 y 1.93.347, de 10 de septiembre de 1993, el Reino de Marruecos modificó algunas disposiciones de su Código de obligaciones y contratos, del Código de enjuiciamiento civil y del Código relativo al estatuto personal, reforzando la posición de la mujer casada frente al marido.

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento del marido, la esposa, cualquiera que sea su nacionalidad, no tiene la patria potestad sobre sus hijos, pues en Derecho islámico, el hijo nacido de un padre musulmán, es también musulmán (art. 8 del Código marroquí sobre el estatuto personal, la *Moudaouana*, independientemente de la religión y la nacionalidad de la madre, y por tanto, ni su tutela ni su patria potestad pueden ser confiadas a un no musulmán, por lo que, la atribución *ex lege* de la patria potestad a la madre, establecida por el Derecho español, carecerá de efectos en Marruecos. No obstante, lo que sí permite la legislación marroquí, es que la madre española, aunque no se convierta al islamismo, ostente la *hadana*, un derecho de custodia limitado a la porteción de la persona de los hijos de corta edad, que habrá de ejercerse siempre bajo el control del padre o, en su defecto, del tutor, y con la condición de que los hijos sean educados en la fe islámica (arts. 108-109 de la *Moudaouana*). Por lo tanto, el papel que respecto de los hijos desempeña la madre viuda o divorciada de un nacional marroquí es muy limitado; además, estas disposiciones del Derecho islámico serán siempre aplicables en Marruecos, aún cuando la mujer española no haya adquirido la nacionalidad marroquí; las medidas previstas por el Derecho español no tendrán transcendencia alguna en Marruecos. Por otro lado, también hay que tener en cuenta que el Derecho islámico sólo reconoce la filiación matrimonial; el hijo nacido fuera del matrimonio no puede ser reconocido por el padre, y tampoco se admite la legitimación del hijo nacido antes de celebrarse el matrimonio de sus padres, ya que el art. 38 de la *Moudaouana* establece que sólo la filiación legítima realaciona a un hijo con su padre; el nacimiento anterior al matrimonio de los progenitores, presupone una *zina*, es decir, un delito de fornicación. En definitiva, un tribunal marroquí nunca reconocerá una resolución de los tribunales españoles en la que se establezca la filiación extramatrimonial respecto de un individuo musulmán. Art. 38 del Código marroquí sobre el estatuto personal, la *Moudaouana*.

importantes para llegar a una solución vienen determinados, esencialmente, por la gran influencia de la religión islámica en el Derecho marroquí, al igual que la tiene en el Derecho de otros Estados musulmanes<sup>1</sup>. En Marruecos, toda la vida política, administrativa, judicial o social, gira en torno al Islam<sup>2</sup>; el art. 6 de la Constitución marroquí establece que el Islam es la religión del Estado, que garantiza a todos el libre ejercicio de los cultos. Además, la conversión al Islam, implica, obligatoriamente, la aplicación de las reglas de la *Châa* respecto de las cuestiones que se refieren al estatuto personal y a las sucesiones<sup>3</sup>. Por lo tanto, la legislación marroquí en materia de estatuto personal y familia, no es otra que la establecida por el Derecho islámico, y pese a los intentos de acercamiento<sup>4</sup>, presenta muchas diferencias con las legislaciones europeas, y en particular, con nuestro ordenamiento jurídico<sup>5</sup>. Esta interrelación entre religión y Derecho conlleva que, si un nacional español se convierte al Islam, por ejemplo, por matrimonio, pese a que conserve la nacionalidad española, en Marruecos se regirá por el Derecho islámico y no por la ley española, por lo que pueden plantearse las siguientes cuestiones: cuando este individuo se halle en España, los tribunales españoles aplicarán la ley española, pero ¿tendrán algún efecto en Marruecos las disposiciones que se adopten?; por otro lado, cuando este individuo se halle en Marruecos, las autoridades de este país aplicarán su Derecho interno, ¿reconocerán los tribunales españoles las decisiones así adoptadas? No parece que en ninguno de los dos casos la respuesta pueda ser positiva. La situación es aún más complicada en los supuestos referentes a la custodia de menores y al derecho de visita, pues en la mayoría de los casos, los tribunales marroquíes no reconocen una resolución de los tribunales españoles en la que la custodia se atribuya al progenitor español, y mucho menos consienten el regreso a España del menor que ha sido trasladado a Marruecos por el progenitor marroquí. Es con la pretensión de solventar estas dificultades, por lo que se ha adoptado el Convenio hispano-marroquí de 1997.

3. El problema de la sustracción internacional de menores, por parte de sus progenitores, se intentó resolver, por primera vez, con la adopción de un Convenio internacional en el seno del Consejo de Europa, que abordó el tema desde la perspectiva del reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, aprobado en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980<sup>6</sup>; poco después, la Conferencia de La Haya también se hizo eco de la necesidad de una regulación convencional en esta materia, por lo que el 25 de octubre de 1980, aprobó el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores<sup>7</sup>. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989<sup>8</sup>, consagró la utilidad de los mencionados Convenios en el ámbito de la sustracción de menores, al establecer, en su art. II, la necesidad de que los Estados promuevan «la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales, o la adhesión a acuerdos ya existentes», con el fin de evitar los desplazamientos o retenciones ilícitas de menores en el extranjero. Tanto el Convenio de La Haya (art. 38), como el Convenio de Luxemburgo (art. 23, prf. 1), permiten la posibilidad de que Estados no miembros de la Conferencia de La Haya y del Consejo de Europa, respectivamente, puedan adherirse a la regulación por ellos prevista, sin embargo, ningún país islámico se ha adherido a ellos<sup>9</sup>, por lo que resulta difícil llegar a una solución en los supuestos de sustracción internacional de menores en los que dichos países se hallan implicados; es por ello, que las autoridades judiciales de los Estados europeos, en muchos casos, y en prevención de una posible retención ilícita, obligan a que el progenitor, que no tiene la custodia sobre su hijo, ejerza el derecho de visita, exclusivamente, en el territorio del Estado en el que ese menor reside junto al otro progenitor<sup>10</sup>.

4. Francia, antes que nuestro país, ha experimentado el problema de la sustracción de menores por parte de súbditos marroquíes, así como las dificultades

para conseguir la restitución de éstos, por lo que, ante la imposibilidad de aplicar la normativa de los Convenios de La Haya y Luxemburgo, en los que es parte, firmó el Convenio bilateral con Marruecos, de 10 de agosto de 1981, relativo al estatuto de las personas y de la familia y a la cooperación judicial<sup>11</sup>. Posteriormente, Francia también realizó un acuerdo bilateral con Argelia, relativo a los hijos nacidos de parejas franco-argelinas separadas, de 21 de junio de 1988<sup>12</sup>. Con un objeto similar al de dichos Convenios bilaterales, se ha llevado a cabo la elaboración del Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores<sup>13</sup>, y al igual que ellos, se inspira en la normativa prevista en los Convenios de Luxemburgo y de La Haya; debido a ello, este trabajo, a la vez que pretende llevar a cabo el análisis de este nuevo instrumento internacional de carácter bilateral, también intenta poner de relieve las diferencias y semejanzas que dicha normativa presenta tanto con los Convenios multilaterales ratificados por España, como con esos otros acuerdos bilaterales que Francia ha llevado a cabo con Marruecos y Argelia, algunas de cuyas disposiciones también han servido de inspiración al Convenio hispano-marroquí.

5. La participación tanto de Marruecos como de otros países de su área geográfica en las labores de la Conferencia de La Haya, contribuiría en gran medida a resolver muchos de los problemas que se plantean en el ámbito de la protección de menores; Marruecos ya ha dado un primer paso en este sentido, puesto que el 6 de septiembre de 1993 depositó el instrumento de aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, e ingresó en dicha organización<sup>14</sup>, y además, ha sido el primer Estado firmante del nuevo Convenio sobre protección de menores, de 19 de octubre de 1996<sup>15</sup>. Resulta paradójico que cuatro años después de aceptar el Estatuto de la Conferencia de La Haya,

<sup>6</sup> Ratificado por España el 9 de mayo de 1984, B.O.E. núm. 210, de 1 de septiembre.

<sup>7</sup> Ratificado por España el 16 de junio de 1987, B.O.E. núm. 202, de 24 de agosto de 1987 y corr. de err. B.O.E. núm. 155, de 30 de junio de 1989 y B.O.E. núm. 21, de 24 de enero de 1996.

<sup>8</sup> B.O.E. núm. 313, de 1 de diciembre de 1990.

<sup>9</sup> Marruecos no ha aprovechado tal posibilidad, y ni tan siquiera después de haberse integrado en la Conferencia de La Haya, parece mostrar intenciones de ratificar el Convenio sobre sustracción de menores. I. Barrière-Brousse pone de manifiesto la excesiva representatividad que, en los mencionados Convenios sobre sustracción de menores, tienen los países del lejano y próximo Oriente. ("L'enfant et...", *loc. cit.*, p. 857).

<sup>10</sup> En este sentido se manifiesta F. Monéger, en referencia al problema de los hijos nacidos de parejas mixtas franco-marroquíes, poniendo de relieve que tal práctica jurisprudencial se afianzó con una sentencia de la *Cour de Cassation* (Civ. Ire), de 3 de febrero de 1982, en la que se constataba que se correría un grave riesgo de que el padre sustrajera definitivamente al menor de la guarda de la madre, si el ejercicio del derecho de visita no se limitaba al territorio francés, y ello, principalmente, en razón de la ausencia de cooperación judicial entre los dos Estados en materia de protección de menores. («La Convention franco-marocaine du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et de la coopération judiciaire», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, p. 281)

<sup>11</sup> Ratificado por ley n° 82-484, de 10 de junio de 1982, entró en vigor el 13 de mayo de 1983. Texto publicado en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 532 y ss. Dice F. Monéger que las autoridades francesas consideraban que únicamente la vía

convencional permitiría resolver los problemas planteados por los desplazamientos de los menores a través de las fronteras. («La Convention franco-marocaine...», *loc. cit.*, pp. 281-282). En el Preámbulo de dicho instrumento internacional se hace referencia a que ambos Estados partes deciden adoptar esta normativa convencional constatando la importancia de las relaciones personales y familiares entre los nacionales de los dos Estados, y la necesidad de que las personas conserven los principios fundamentales de su identidad nacional; P. Decroix pone de relieve la sorprendente e inesperada redacción, en este punto, del Preámbulo del Convenio, que nada tiene que ver con la referencia a la necesidad de armonizar, en lo posible, sus caracteres propios, necesidad que, habitualmente, se contempla en los Convenios internacionales de este género. («La Convention franco-marocaine...», *loc. cit.*, p. 51). Asimismo en el Preámbulo se pone de manifiesto como ambos Estados se hallan ansiosos por establecer reglas comunes de conflicto de leyes y jurisdicciones en lo que se refiere al estatuto de las personas y de la familia; F. Monéger, hace referencia a que, de alguna manera, el Capítulo III de este Convenio franco-marroquí aparece como una síntesis de los dos textos multilaterales que ya habían sido ratificados por Francia en materia de sustracción internacional de menores; estas disposiciones, que ya han servido de modelo a otros Convenios bilaterales del mismo tipo, son de inspiración francesa, puesto que dicho país, habiendo realizado varias concesiones en materia de estatuto personal, a propósito de la ley del divorcio y del reconocimiento de las repudiaciones que tengan lugar en Marruecos, pretendía que con la adopción de este instrumento internacional se resolviesen algunos de los problemas que frecuentemente se plantean entre Francia y Marruecos, relativos al desplazamiento de menores, no retorno, y ejercicio del derecho de visita («La Convention franco-marocaine...», *loc. cit.*, p. 282).

<sup>12</sup> Aprobado por la Ley n.º 88-809 de 12 de julio de 1988; entró en vigor el 1 de agosto de 1988. (Publicado en la *Rev. crit. de int. pr.* 1988, pp. 797 y ss.). No obstante, la puesta en marcha de los mecanismos contemplados en estos Convenios ha revelado las importantes dificultades existentes en materia de cooperación internacional, así como los escasos resultados obtenidos. (J. Barrière-Brousse, "L'enfant et...", *loc. cit.*, pp. 886-887).

<sup>13</sup> B.O.E. núm. 150, de 24 de junio de 1997.

<sup>14</sup> La aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya por parte de Marruecos, también ha tenido importantes consecuencias para su Derecho interno, puesto que, con la intención de adaptarlo a las exigencias derivadas de los principios fundamentales de los Estados con los que sus relaciones son más estrechas, se han realizado modificaciones en el ámbito del Derecho de familia para acercarlo a los valores occidentales, mediante tres Dahir de 10 de septiembre de 1993. C. González Beilfuss pone de relieve que se trata de reformas tímidas, que aseguran extremos como el consentimiento de la mujer al matrimonio, limitan la poligamia obligando a tener en cuenta los deseos de la mujer, someten el repudio unilateral a un registro previa obtención de autorización judicial e instauran un régimen de protección de la infancia desamparada. («La aceptación del Estatuto...», *loc. cit.*, p. 453).

<sup>15</sup> Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores, aprobado en la XVIII Sesión de la Conferencia de La Haya y que aún no ha entrado en vigor.

Marruecos, en vez de ratificar el Convenio sobre sustracción de menores, elaborado en el seno de dicha organización, haya preferido llevar a cabo un Convenio bilateral con España en esta materia que, al igual que el realizado con Francia en 1981, toma como fundamento de su normativa, la regulación establecida en el citado Convenio multilateral. Podría objetarse que dicho Convenio no contempla el reconocimiento y ejecución de resoluciones, pero ello podría resolverse haciendo uso de la posibilidad de adherirse al Convenio de Luxemburgo de 1980. Cabe preguntarse si acaso es pretensión del Estado marroquí, llevar a cabo acuerdos bilaterales con todos y cada uno de los Estados con los que tiene problemas derivados de la sustracción internacional de menores, y si no sería mucho más eficaz y conveniente que, ya que en su momento no hizo uso de la posibilidad de adhesión, ahora, como miembro de la Conferencia, ratificase el Convenio de 1980, y solicitase su adhesión al Convenio de Luxemburgo.

## 2. FUNDAMENTO Y OBJETO DEL CONVENIO

### A. Finalidades perseguidas por la normativa convencional

#### a. La finalidad de reforzar las relaciones de cooperación entre los Estados

6. La finalidad de reforzar las relaciones de cooperación entre los Estados, ya aparece contemplada en el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. El Preámbulo del Convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981, también hace referencia al deseo de los Estados partes de reforzar entre sí las relaciones de cooperación judicial, para asegurar la mejor protección de los menores y de los acreedores de alimentos; y también se hace referencia a la necesidad de establecer una cooperación interestatal en el Convenio franco-argelino de 21 de agosto de 1988. En cuanto al Convenio hispano-marroquí, de 30 de mayo de 1997, igualmente contempla la pretensión de ambos Estados de promo-

ver la cooperación internacional en materia de sustracción de menores, y así, en su Preámbulo, se manifiesta el deseo de «reforzar las relaciones entre ambos Estados, con la finalidad de asegurar una mejor protección de los menores».

**b. La finalidad de asegurar la protección del interés del menor garantizando las relaciones de éste con sus dos progenitores, así como asegurando su restitución inmediata en caso de desplazamiento o retención ilícitos**

7. Cuando tiene lugar la sustracción internacional de un menor, se considera, normalmente, que el interés de éste reside en el restablecimiento de la situación que ha sido alterada, lo que implica mantener la posibilidad de que ambos progenitores se relacionen con su hijo, pero sin embargo, también hay que tener en cuenta que, en algunas ocasiones, el desplazamiento del menor, efectivamente responde al interés de éste, y viene justificado por determinadas circunstancias objetivas, por lo que, la regulación convencional de estos supuestos, prevé algunas excepciones a la obligación de restituir a los menores desplazados o retenidos ilícitamente. Por lo que se refiere a la regulación del derecho de visita, también constituye una manifestación del interés del menor que, en este caso, reside en que dicho menor disfrute de las relaciones familiares más completas posibles; en este sentido, la normativa convencional hace prevalecer la idea de que el derecho de visita es la contrapartida de la custodia y que, por tanto, será ejercido por aquel de los progenitores que ha sido privado de ese otro derecho. Las distintas regulaciones convencionales persiguen la finalidad de asegurar la protección del interés del menor garantizando las relaciones de éste con sus dos progenitores y asegurando su restitución inmediata en caso de desplazamiento o retención ilícitos. En cuanto al Convenio hispano-marroquí de 1997, la finalidad de asegurar la protección del interés del menor, se contempla en su Preámbulo, cuando hace referencia a que ambos Estados se hallan convencidos «de que es convenient-

te, para los menores, que no sean desplazados ni retenidos ilegalmente, y mantener las relaciones armoniosas y regulares con sus padres». En todos los instrumentos internacionales que intentan resolver el problema de la sustracción de menores, la guarda de éstos ha dejado de ser presentada como una prerrogativa de los padres, pasando a contemplarse como un derecho del hijo, el derecho a conservar las relaciones afectivas con sus dos progenitores.

## B. Objetivos

8. El Convenio bilateral hispano-marroquí de 1997, persigue tres objetivos que aparecen contemplados en el prf. 1º de su art. 1, objetivos que no suponen ninguna novedad en el ámbito de la regulación convencional de la sustracción y restitución internacional de menores, puesto que su consecución ya ha constituido la fundamentación esencial de otros instrumentos internacionales, multilaterales y bilaterales, como veremos seguidamente.

### *a. Restitución de los menores y garantía del ejercicio del derecho de custodia*

9. El apartado a) del art. 1, prf. 1º del Convenio hispano-marroquí, establece que constituye uno de los objetivos perseguidos por dicho instrumento internacional, el «garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los Estados contratantes». Este objetivo ya se contempla en el art. 1 del Convenio de *La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*. Sin embargo, en el Convenio hispano-marroquí, se echa de menos una referencia explícita al objetivo de respetar los derechos de custodia establecidos en cualquiera de los Estados contratantes, referencia que sí se contiene en el Convenio de La Haya, puesto que el apartado b) del art. 1, también establece como objetivo de la regulación convencional «velar por que los derechos de custodia y visita vigentes en un Estado contratante, se respeten en los demás Estados contra-

<sup>16</sup> P. Decroux considera que la protección del derecho de guarda o custodia y la restitución de los menores retenidos o desplazados, objetivos principales del Capítulo III, hacen del mismo el capítulo más importante del Convenio, constituyendo el principal motivo de la realización del acuerdo, al menos por parte francesa. («La Convention franco-marocaine...», *loc. cit.*, p. 75).

<sup>17</sup> F. Monéger pone de relieve que el objeto de este Convenio es extremadamente limitado, puesto que únicamente contempla la guarda de los menores y su obligado corolario, el derecho de visita, siendo su finalidad última que las madres francesas puedan volver a ver a sus hijos desplazados a Argelia. («La Convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés Franco-Algériens du 21 juin 1988», *Journ. Dr. Int.*, 1989, p. 48).

tantes». Por otro lado, el Convenio franco-marroquí de 1981, también contempla, en su art. 19, el objetivo de garantizar el libre ejercicio del derecho de guarda y custodia sobre el hijo menor, bajo la única condición de que dicho ejercicio sea conforme con el interés de éste<sup>16</sup>. El Convenio franco-argelino de 1988, igualmente contempla, en el inciso primero de su artículo 8, la obligación de las partes contratantes de garantizar el retorno efectivo del menor al territorio del que ha salido con ocasión de la visita transfronteriza.

#### *b. Reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de custodia y visita*

10. El segundo objetivo de la regulación prevista en el Convenio hispano-marroquí, es el de «hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en el territorio de uno de los Estados contratantes, en el territorio del otro Estado» (art. 1, prf. 1º, apart. b). Se trata de un objetivo normal para una regulación de este tipo, a cuya consecución se consagró el Convenio de Luxemburgo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia; igualmente constituye uno de los objetivos perseguidos por el Convenio franco-marroquí de 1981 (art. 19).

#### *c. La garantía del ejercicio del derecho de visita.*

11. El art. 1, prf. 1º del Convenio hispano-marroquí, también establece, en su apartado c), como objetivo de su normativa, la pretensión de «favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en el territorio de ambos Estados». Como hemos mencionado anteriormente, dicho objetivo también se contempla en el art. 1 apartado b) del Convenio de La Haya de 1980, que se refiere a la obligación de los Estados partes de «velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes»;

esta referencia al «respeto» al derecho de visita, tampoco estaría de más en el Convenio hispano-marroquí, que sólo menciona la obligación de «favorecer» el ejercicio de ese derecho, ya que es preciso no olvidar que una correcta organización de los derechos de visita puede constituir una buena medida de prevención de la sustracción de menores. Por lo que se refiere al Convenio franco-marroquí de 1981, su art. 19 también hace referencia a que ambos Estados deberán garantizarse recíprocamente el libre ejercicio del derecho de visita, y en cuanto al Convenio franco-argelino de 1988, la salvaguarda del ejercicio del derecho de visita parece constituir su objetivo esencial<sup>17</sup>.

### **C. Concepto de traslado ilícito**

#### *a. Lesión del derecho de custodia*

12. El art. 7 del Convenio hispano-marroquí de 1997, establece las condiciones que habrán de concurrir para que el traslado de un menor «del territorio del Estado requirente al territorio del Estado requerido», sea considerado ilícito y, consecuentemente, dé lugar a la obligación de restitución inmediata del menor. Así, el apartado a) del párrafo primero de dicho precepto, determina que será ilícito aquel desplazamiento que «hubiere tenido lugar haciendo caso omiso de una resolución judicial dictada en juicio contradictorio y de carácter ejecutivo en territorio del Estado requirente, y que en el momento de la presentación de la solicitud de devolución del menor:

- éste tuviera su residencia habitual en el territorio de dicho Estado;

- el menor y sus padres, en el momento del desplazamiento, tuvieran, únicamente, la nacionalidad del Estado requirente».

Esta redacción puede dar lugar a algunos problemas interpretativos, puesto que no deja suficientemente claro si para considerar ilícito el desplazamiento, es necesario que el menor tenga su residencia habitual en el Estado requi-

rente en el momento en que se solicita su devolución, y además, que cuando se produjo el desplazamiento, tanto el menor como sus padres tuviesen, exclusivamente, la nacionalidad del Estado requirente, o por el contrario, basta con que se cumpla uno de los dos requisitos, bien el de la residencia habitual del menor en el Estado requirente, bien el de la nacionalidad exclusiva, del Estado requirente, del menor y de sus padres. Asimismo, la redacción de este precepto puede llegar a restringir en exceso el ámbito de aplicación del Convenio, ya que del tenor literal de este apartado a) del prf. 1 del art. 7, se desprende que para que el traslado sea ilícito es preciso que se haya dictado una resolución judicial de carácter ejecutivo, por lo tanto, no tendrán cabida en este concepto de traslado ilícito aquellos supuestos en los que el desplazamiento del menor tiene lugar antes de que se dicte resolución alguna sobre su custodia, aunque posteriormente recaiga dicha resolución.

Igualmente restringe el concepto de traslado ilícito el requisito de que el menor tenga su residencia habitual en el territorio del Estado requirente en el momento de presentar la solicitud de devolución; parece mucho más aceptable la redacción de otros convenios que exigen que el menor tenga su residencia habitual en el Estado requirente en el momento inmediatamente anterior al desplazamiento. Con la norma contemplada por el Convenio hispano-marroquí, podemos encontrarnos con el siguiente problema: un menor, cuya custodia recae sobre su madre española, junto a la cual reside en nuestro país, es desplazado por su padre marroquí a Marruecos, en cuya sociedad se integra el menor, estableciendo allí su nueva residencia habitual, puesto que la madre no entabla el proceso para obtener la restitución de su hijo hasta que comprueba que todos los intentos de arreglo amistoso resultan inútiles; ante tal situación, cuando la madre interpone la solicitud de devolución, la residencia habitual del hijo ya no es la del Estado requirente (España), sino la del

Estado requirente (Marruecos), y por lo tanto, el traslado ya no tendrá la consideración de ilícito según el Convenio.

En cuanto al requisito de que el menor y sus padres tengan, en el momento del desplazamiento, exclusivamente la nacionalidad del Estado requirente, también conducirá a una escasa aplicación de este Convenio, puesto que será frecuente la siguiente situación: el hijo de padre marroquí y madre española, tendrá la doble nacionalidad, y además, el padre mantiene su nacionalidad marroquí y la madre su nacionalidad española, por lo tanto, si ese padre marroquí coge a su hijo y se lo lleva a Marruecos contraviniendo la decisión de los tribunales españoles que atribuyó la custodia a la madre, ese desplazamiento tampoco será ilícito desde el punto de vista del Convenio, puesto que cuando tuvo lugar, ni el menor ni sus padres tenían exclusivamente la nacionalidad del Estado requirente, es decir, la nacionalidad española.

El art. 1 del Convenio de Luxemburgo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, también establece un concepto de traslado ilícito tomando como base la infracción de un derecho de custodia, y en sentido parecido se manifiesta el art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. El derecho de custodia así contemplado, puede tener su origen en diversas fuentes, algunas de las cuales, sin pretensión de exhaustividad, aparecen mencionadas en el último inciso del art. 3 de este Convenio, la primera de las cuales es la ley, cuando dice que el derecho de custodia «puede resultar de una atribución de pleno derecho», y de forma semejante puede entenderse el apartado b) del prf. 1 del art. 7 del Convenio hispano-marroquí, cuando dice que el desplazamiento de un menor se considerará ilícito si se produce en «violación de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente, al padre o a la madre por el Derecho del Estado del que

<sup>19</sup> El demandante únicamente ha de presentar una evidencia de que realmente se hallaba en el ejercicio del derecho de custodia, pues, como establece el apartado c) del art. 8, en la demanda basta con indicar «los motivos en los que se basa el demandante para reclamar el regreso del menor»; sin embargo, aquel que se opone al retorno del menor, ha de demostrar que el titular del derecho de custodia no lo ejercía efectivamente (art. 13).

fuera nacional». El derecho de custodia cuya lesión contempla este Convenio de La Haya para considerar ilícito un desplazamiento, también puede emanar de una decisión judicial o administrativa, entendiéndose que en esta expresión tienen cabida, tanto las decisiones de los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor como las de los tribunales de un tercer Estado; en este último supuesto, el Convenio no exige que esa decisión de los tribunales de un tercer Estado haya sido reconocida formalmente, es suficiente con que sea admitida como conforme al Derecho del Estado de la residencia habitual del menor, tal y como establece el art. 14. En el Convenio hispano-marroquí, sin embargo, únicamente se considerarán ilícitos los desplazamientos de menores que hayan tenido lugar en contravención de una sentencia sobre la custodia dictada en el Estado requirente; si la resolución judicial fue dictada en un tercer Estado, pese a que haya sido reconocida formalmente en el Estado requirente, no puede deducirse, de la redacción convencional, que su contravención también pueda dar lugar a un supuesto de traslado ilícito.

13. El segundo supuesto en que se considera que el desplazamiento es ilícito, desde el punto de vista del Convenio hispano-marroquí, aparece contemplado en el apartado b) del prf. 1 de su art. 7, según el cual, será ilícito el traslado del menor si «se hubiera producido la violación de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente, al padre o a la madre por el Derecho del Estado del que fuera nacional»; se trata de una atribución *ex lege* semejante a la prevista por el Convenio de La Haya en el último inciso de su art. 3, que puede dar lugar a la situación siguiente: supongamos que el padre marroquí, previendo que una decisión de los tribunales españoles le prive de la custodia sobre su hijo, se lo lleva con él a Marruecos, antes de que recaiga tal decisión; allí, el Derecho islámico establece que sólo el padre ostenta la patria potestad sobre los hijos, aunque a la madre corresponde la *hadana*, es decir, la guarda de los hijos,

bajo la supervisión paterna, y siempre que se comprometa a educarlos en la fe islámica<sup>18</sup>; ante tal situación, de atribución *ex lege* de la patria potestad al padre y de la *hadana* a la madre, únicamente si ésta se aviene a acatar la legislación islámica sería posible un acuerdo, pues de nada serviría que el procedimiento que quedó entablado en España concluyese con la adopción de una resolución en la que la custodia del hijo se atribuyese exclusivamente a la madre, ya que si ésta se desplaza a Marruecos y se trae consigo a su hijo de vuelta a España, ese desplazamiento será ilícito, puesto que contravendrá la atribución *ex lege* realizada por la legislación marroquí.

14. Otro supuesto de desplazamiento ilícito contemplado por el Convenio hispano-marroquí, se producirá cuando dicho desplazamiento «infrinja un acuerdo concertado entre las partes implicadas, refrendado por una autoridad judicial de uno de los Estados contratantes» (art. 7, prf. 1, apartado c). En el Convenio de La Haya de 1980, también se hace referencia a la atribución del derecho de custodia sobre la base de un acuerdo concertado entre las partes, puesto que la última fuente de tal derecho mencionada en el art. 3 de dicho Convenio, es la existencia «de un acuerdo en vigor según el Derecho de ese Estado». En el Convenio hispano-marroquí, sin embargo, no se exige que el acuerdo que atribuya la custodia del menor sea conforme al Derecho de alguno de los dos Estados, sino que se requiere que dicho acuerdo sea refrendado por la autoridad judicial de uno de los Estados contratantes.

15. Para que el traslado del menor sea considerado ilícito, el Convenio de La Haya de 1980 exige que el derecho de custodia se ejerza «de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención» (art. 3, apartado b)<sup>19</sup>; el Convenio hispano-marroquí, no hace referencia alguna a la necesidad de que el derecho de custodia, lesionado por el traslado, se estuviera ejerciendo efectivamente en

el momento del desplazamiento del menor.

**b. La no restitución del menor una vez concluido el período de ejercicio del derecho de visita**

16. El Convenio de Luxemburgo de 1980, también considera como un supuesto de desplazamiento ilícito, «el hecho de que un menor no regrese a través de una frontera internacional, al finalizar el período de ejercicio de un derecho de visita relativo a dicho menor, o al término de cualquier otra estancia de carácter temporal en territorio distinto de aquel en el que se ejerza la custodia» (art. 1.d.i); y el Convenio de La Haya de 1980, al hablar de desplazamientos ilícitos, hace referencia tanto al traslado como a la retención de los menores (art. 3). En cuanto al Convenio franco-argelino de 1988, relativo a los hijos nacidos de parejas mixtas separadas franco-argelinas, también contempla la ilicitud de la retención de un menor en un Estado distinto de aquel en que se ejerza su custodia (art. 8). En el Convenio hispano-marroquí igualmente se contempla el supuesto de la retención ilícita del menor, aunque no se especifica su concepto de una forma clara; el art. 1 de este instrumento internacional establece que será uno de sus objetivos «garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos ilegalmente, a uno de los Estados contratantes», y asimismo, el título del Convenio hace referencia a la «devolución de menores». No obstante, no hubiese estado de más una referencia explícita al supuesto del no retorno del menor si su desplazamiento, lícito en el momento en que se produjo, se convierte en una retención ilícita cuando, una vez concluido el período de ejercicio del derecho de visita, el menor no regresa al lado del progenitor a quien corresponde el ejercicio de su custodia.

**c. El traslado declarado ilícito posteriormente a su realización**

17. Hay que tener en cuenta que, en un gran número de casos, el despla-

zamiento del menor se produce incluso antes de que haya recaído una decisión sobre su custodia o, aunque haya recaído dicha decisión, la rápida actuación del progenitor perjudicado por ella, ha impedido el ejercicio efectivo del derecho de custodia; por ello, el Convenio de Luxemburgo de 1980, establece que también se considerará ilícito «el traslado que ulteriormente se declare ilícito en el sentido del art. 12» (art. 1.d.ii). El Convenio de La Haya de 1980, también contempla este supuesto del traslado declarado ilícito *a posteriori*, puesto que determina que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos, si el derecho de custodia infringido se hubiese ejercido efectivamente «de no haberse producido antes dicho traslado o retención» (art. 3.b). No habría estado de más introducir en el Convenio hispano-marroquí una disposición semejante, puesto que su ausencia puede dar lugar a supuestos en los que el padre marroquí, sabiendo que se halla pendiente en España un proceso por el que puede ser privado de la custodia sobre su hijo, se lleva a éste a Marruecos, y aunque más tarde recayese la resolución judicial que declarase ilícito ese traslado, ya no podría acudir al mecanismo convencional para conseguir el retorno del menor, pues, desde el punto de vista de este instrumento internacional, no constituiría un traslado ilícito.

### 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

#### A. Ámbito personal de aplicación

##### a. La edad del menor

18. El art. 2 del Convenio hispano-marroquí de 1997, determina la aplicación de la regulación por él prevista «a todo menor de dieciséis años no emancipado...»; la edad de dieciséis años como límite al ámbito personal de aplicación, también se contempla en el art. 4 del Convenio de Luxemburgo de 1980, y de forma semejante se manifiesta el art. 4 del Convenio de La Haya de 1980. El Convenio franco-argelino de 1988,

<sup>20</sup> La lectura del título y del preámbulo del Convenio franco-argelino, no permite afirmar que los hijos extramatrimoniales queden excluidos de su ámbito de aplicación, puesto que la expresión «pareja mixta» no se refiere exclusivamente a las parejas casadas; sin embargo, durante la tramitación del texto, se afirmó claramente que sólo se aplicaría a los hijos matrimoniales, y además, la lectura de los arts. 5 y 6, en los que figuran las expresiones «domicilio conyugal» y «cónyuges separados», no permiten albergar duda alguna al respecto. La exclusión de los hijos extramatrimoniales se explica en atención a la tradición islámica que ignora la relación paternofamiliar que se produce fuera del matrimonio. Igualmente, también en atención al Derecho islámico, el Convenio tampoco se aplica a los hijos adoptivos, puesto que la institución adoptiva no se reconoce en dicha legislación. (F. Monéger, «La Convention relative aux enfants...», *loc. cit.*, pp. 44-45).

<sup>21</sup> Dice F. Monéger que el Convenio no menciona el preocupante tema de los individuos con doble nacionalidad, lo que da lugar a que se plantee el problema de si han de considerarse «parejas mixtas», en el sentido del Convenio, aquellas en las que los dos cónyuges son a la vez franceses y argelinos, o aquellas otras en las que uno de los cónyuges es exclusivamente francés o argelino mientras que el otro cónyuge tiene ambas nacionalidades. Si lo que se pretende es que el Convenio se aplique al mayor número de supuestos, la respuesta ha de ser positiva, puesto que la fórmula empleada tiene la suficiente amplitud para incluir a los individuos con doble nacionalidad. («La Convention relative aux enfants...», *loc. cit.*, p. 47).

no precisa la edad de los menores a los que será aplicable, sino que únicamente hace referencia a los «menores», lo cual no deja de plantear problemas, puesto que la mayoría de edad no se alcanza con los mismos años en Francia y en Argelia; para evitar este tipo de dificultades, el Convenio hispano-marroquí ha optado, al igual que los Convenios multilaterales citados, por establecer el límite de su aplicación en los dieciséis años del individuo que puede ser objeto de un desplazamiento ilícito.

19. Un segundo límite al ámbito personal de aplicación del Convenio hispano-marroquí, viene determinado por la exigencia de que los menores, además de tener menos de dieciséis años, no hayan sido emancipados, puesto que el estatus jurídico de la emancipación les atribuirá el derecho de elegir su residencia; el Convenio de La Haya no excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los menores de dieciséis años que hayan obtenido el derecho a fijar su residencia, siendo necesario acudir a su art. 13.2, que permite que las autoridades judiciales o administrativas tengan en cuenta la opinión del menor sobre su retorno, siempre que éste tenga la edad y el grado de madurez suficiente. La mención de la emancipación contenida en el Convenio hispano-marroquí, quizá pueda dar lugar a algún problema interpretativo, puesto que las condiciones de dicho estatus no son idénticas en Marruecos y en España; tal vez hubiera sido mejor hacer referencia, como en el Convenio de La Haya, a la necesidad de prestar atención a la opinión de un menor que, a pesar de no haber cumplido los dieciséis años, demuestre haber alcanzado el grado de madurez suficiente para tomar una decisión acerca de su residencia.

#### *b. La filiación del menor*

20. El Convenio hispano-marroquí no restringe su aplicación a los hijos habidos de una unión matrimonial, como ocurre con el Convenio franco-argelino de 1988<sup>20</sup>, sin embargo, puede que en la práctica, el ámbito de aplica-

ción de este instrumento internacional no sea tan amplio como en principio se pretende, puesto que hay que tener en cuenta que el Derecho islámico no admite la filiación al margen del matrimonio, por lo que difícilmente los tribunales marroquíes van a reconocer una decisión judicial de los tribunales españoles en la que, en función de la filiación extramatrimonial de un hijo habido de una pareja de hecho hispano-marroquí, se atribuya a uno de los progenitores un derecho de visita y al otro la custodia del menor; y algo parecido va a ocurrir con la filiación adoptiva, ya que el Derecho islámico no acepta tal institución, pero, no obstante, será bastante difícil que una pareja hispano-marroquí, lleve a cabo una adopción, puesto que para el cónyuge musulmán supondría la contravención de los principios religiosos establecidos por El Corán.

#### *c. La nacionalidad del menor*

21. Otra restricción que, respecto de su ámbito personal de aplicación, establece el Convenio hispano-marroquí, es que el menor de que se trate «tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados» (art. 2). El Convenio de Luxemburgo de 1980 no otorga relevancia alguna a la cuestión de la nacionalidad, al considerar como menor, y por lo tanto, incluirlo en su ámbito de aplicación, a toda persona cuya edad sea inferior a dieciséis años «cualquiera que sea su nacionalidad...» (art.1); en cuanto al Convenio de La Haya, abandona el criterio de la nacionalidad, para determinar su aplicabilidad en función de la residencia habitual del menor en un Estado contratante en el momento inmediatamente anterior al desplazamiento (art. 4). El Convenio franco-argelino de 1988, por su parte, si determina su aplicabilidad atendiendo al criterio de la nacionalidad, pero, en su caso, no de los hijos, si no de los padres, puesto que su ámbito de aplicación personal se limita a los hijos habidos de parejas mixtas franco-argelinas, lo que ha planteado algunos problemas interpretativos en lo referente a los supuestos de doble nacionalidad de los cónyuges<sup>21</sup>.

#### d. El responsable del desplazamiento

22. El Convenio hispano-marroquí no hace referencia a la cuestión de si su normativa será aplicable exclusivamente cuando el responsable del desplazamiento del menor sea uno de sus progenitores, o si por el contrario, también será aplicable cuando dicha responsabilidad recaiga sobre otro pariente, como por ejemplo, el abuelo del menor. Esta cuestión no carece de importancia, puesto que si se realiza una interpretación demasiado restringida, considerando aplicable el Convenio únicamente cuando el desplazamiento se haya producido por iniciativa de alguno de los progenitores, la normativa en él contenida no será aplicable en determinados supuestos<sup>22</sup>.

#### B. Ámbito material de aplicación

23. El Convenio hispano-marroquí de 1997, se refiere exclusivamente a cuestiones relacionadas con el desplazamiento ilícito y los derechos de custodia y visita relativos a los hijos menores, pero, este instrumento internacional, no determina el contenido de tales derechos, a diferencia del art. 5 del Convenio de La Haya de 1980.

#### C. Ámbito espacial de aplicación

24. El ámbito espacial de aplicación del Convenio hispano-marroquí, de 1997, se limita al territorio de los dos Estados contratantes, es decir, Marruecos y España; pues, tal y como establece su art. 1 y su art. 7, serán objeto de su regulación los desplazamientos y retenciones ilícitos que se realicen entre ambos Estados, así como el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en cualquiera de los dos Estados, que hayan sido dictadas en el otro, e igualmente, el derecho de visita, siempre y cuando su ejercicio haya de realizarse en el territorio de alguno de los dos Estados. Partiendo de estas disposiciones, nos encontramos con que la normativa convencional no va a poder ser aplicada a algunos supuestos que podrían resultar problemáticos; así, por ejemplo, si el padre marroquí pretende ejercer su derecho de visita en un tercer

Estado dónde tiene su residencia, o incluso, cuando una vez trasladado el menor a Marruecos, para que su padre ejerza el derecho de visita, éste se lo lleva a un tercer Estado, no permitiendo que el menor regrese a España una vez concluido el período de ejercicio de su derecho.

#### D. Ámbito temporal de aplicación

25. El prf. 1º del art. 21 del Convenio hispano-marroquí establece que «las disposiciones relativas a la devolución inmediata, sólo se aplicarán a los desplazamientos ilegales ocurridos después de la entrada en vigor del presente Convenio»; no obstante, el prf. 2º del citado artículo prevé una vía de solución para los desplazamientos y retenciones ilícitos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de este instrumento internacional: «los casos anteriores serán objeto de concertación, en el marco de la Comisión consultiva en materia civil a que se refiere el art. 5 del presente Convenio». La redacción de este precepto, al limitar la irretroactividad del Convenio a las disposiciones sobre devolución inmediata de los menores, permite aplicar la normativa convencional, de forma retroactiva, a otros supuestos, como por ejemplo, para facilitar el ejercicio de un derecho de visita que ha sido establecido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Convenio, o para solicitar el reconocimiento y ejecución de una resolución relativa a la custodia de un menor, dictada también antes de que entrase en vigor el Convenio.

## 4. COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y MECANISMOS PARA FACILITAR EL FUNCIONAMIENTO DEL CONVENIO

### A. Designación de las Autoridades Centrales y funcionamiento de las mismas

#### a. La designación de las Autoridades Centrales

26. Al igual que otros convenios in-

<sup>22</sup> Supongamos que el padre marroquí muere, y de acuerdo con la legislación española, la madre española pasa a ejercer en solitario la patria potestad sobre su hijo menor; sin embargo, como ya hemos mencionado, el Derecho islámico no admite esa atribución de la patria potestad *ex lege*, puesto que sus reglas prescriben que únicamente el padre puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos, por lo que, amparándose en tal regulación, los parientes marroquíes del menor -por ejemplo, el abuelo o un tío paterno-, deciden llevarse a Marruecos, dónde ejercerán la tutela sobre ese menor; si se considera aplicable el Convenio únicamente cuando el responsable del desplazamiento es uno de los progenitores del menor, la madre española queda totalmente desprotegida, puesto que no podría acudir a la normativa convencional para solicitar la restitución del menor, y si no quiere separarse de su hijo, únicamente le queda la posibilidad de solicitar en Marruecos que le sea otorgada la *hadana* o custodia sobre su hijo, que sólo podrá ejercer bajo vigilancia del tutor y siempre que se comprometa a educarlo en la fe islámica.

ternacionales cuyo objetivo es resolver los problemas derivados de la sustracción internacional de menores, el Convenio hispano-marroquí de 1997, acude al mecanismo de las Autoridades Centrales como sistema idóneo para el desarrollo de una función de cooperación internacional, y así, su art. 3, prf. 1º, establece que «se designa a los Ministerios de Justicia de ambos Estados como las Autoridades Centrales encargadas de satisfacer las obligaciones previstas por el presente Convenio». El Convenio de Luxemburgo de 1980, también adopta este sistema de cooperación en su art. 2, prf. 1, y en el mismo sentido se manifiesta el art. 6, prf. 1º del Convenio de La Haya de 1980. A diferencia de estos dos Convenios multilaterales, en el Convenio hispano-marroquí se concreta quién será designado, en cada Estado, como Autoridad Central: el Ministerio de Justicia. Esta concreta designación de la Autoridad Central, también aparece en el art. 16, prf. 1 del Convenio franco-marroquí de 1981, y en un sentido muy similar, se manifiesta el Convenio franco-argelino de 1988, en su artículo primero.

#### *b. Las funciones de las Autoridades Centrales*

27. De la regulación prevista en el Convenio hispano-marroquí, puede deducirse la existencia de tres funciones principales que han de desempeñar las Autoridades Centrales:

##### *1ª Función de cooperación o asistencia mutua:*

El prf. 1º del art. 3 del Convenio hispano-marroquí, establece la obligación de que las Autoridades Centrales se comuniquen directamente entre sí. Con una redacción prácticamente idéntica, el Convenio franco-marroquí de 1981, también establece dicha obligación (art. 16, prf. 1), y su art. 17 corrobora la existencia de tal función. En el art. 1 del Convenio franco-argelino de 1988, también se contempla la obligación de comunicación directa entre las Autoridades Centrales de ambos Estados. En el Convenio de Luxem-

burgo de 1980, no se menciona expresamente la obligación de que las Autoridades Centrales mantengan una comunicación directa, pero ello se deduce de lo establecido en su art. 3 prf. 1º, y en el mismo sentido se manifiesta el art. 7 del Convenio de La Haya 1980.

##### *2ª Función de promoción de la colaboración de las autoridades de sus respectivos Estados:*

El prf. 1º del art. 3 del Convenio hispano-marroquí, además de establecer la obligación de comunicación directa para las Autoridades Centrales, continúa diciendo que dichas Autoridades «recurrirán, en su caso, a sus autoridades competentes»; es decir, en caso de que por sí mismas las Autoridades Centrales no puedan resolver las cuestiones que se les planteen, están facultadas para solicitar la colaboración de las autoridades competentes de sus respectivos Estados. Con una redacción semejante, el art. 16, prf. 1º del Convenio franco-marroquí, también contempla la posibilidad de que las Autoridades Centrales acudan, si es preciso, a sus respectivas autoridades competentes. Esta función de promoción de la cooperación, aparece más claramente contemplada en el Convenio de Luxemburgo de 1980 (art. 3, prf. 1º), y asimismo, el art. 7 del Convenio de La Haya de 1980, también hace referencia a esta cuestión. El art. 1 del Convenio franco-argelino de 1988, siguiendo las pautas marcadas por estos Convenios multilaterales, pone de manifiesto que las Autoridades Centrales se comprometen a promover, en materia de protección de menores, la cooperación de las autoridades competentes.

##### *3ª Función de recepción de las solicitudes de devolución de los menores desplazados o retenidos ilegalmente:*

El art. 4, prf. 1º del Convenio hispano-marroquí, establece que dichas solicitudes de devolución, «se dirigirán a la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del menor anterior a su desplazamiento o no devolución», debiendo, dicha Autoridad Central, remitir «las

solicitudes a la Autoridad Central del otro Estado». No aparecen disposiciones semejantes en los demás instrumentos internacionales a los que venimos haciendo referencia, sin embargo, en un sentido similar podría interpretarse lo dispuesto en el art. 4, prf. 1º del Convenio de Luxemburgo de 1980, de cuyo tenor se desprende que también según este instrumento internacional, las Autoridades Centrales desempeñan la función de recibir las solicitudes de las partes implicadas en un supuesto de traslado ilícito de menores.

### *c. Medidas que han de adoptar las Autoridades Centrales en el ejercicio de sus funciones*

28. Para llevar a cabo el desarrollo de los objetivos convencionales y el efectivo ejercicio de las funciones que le son encomendadas, las Autoridades Centrales han de adoptar o hacer que se adopten, una serie de medidas que aparecen recogidas en todos los Convenios internacionales, a que venimos haciendo referencia, y que se refieren a esta materia: así ocurre en el art. 3, prf. 2º del Convenio de Luxemburgo de 1980, y el Convenio de La Haya de 1980 también establece esta obligación en su art. 7, prf. 2º. La adopción de medidas por parte de las Autoridades Centrales o bien, por parte de un intermediario, también se contempla en el art. 20, prf. 2º del Convenio franco-marroquí de 1981, así como en el art. 2 del Convenio franco-argelino de 1988, si bien, en este último, se precisa que la adopción de medidas vendrá determinada por la petición de la Autoridad Central del otro Estado. En cuanto al Convenio hispano-marroquí, su art. 4, prf. 2 establece que «la Autoridad Central, actuando directamente o por mediación del Ministerio Público o del Abogado del Estado, adoptará o hará tomar cualquier medida apropiada...». Veamos cuales son las medidas que han de adoptarse.

#### *1º. Medidas tendentes a la localización del menor:*

29. La adopción de este tipo de medidas aparece contemplada en todos los

Convenios citados: el art. 5, prf. 1 del Convenio de Luxemburgo de 1980, prevé la adopción de medidas para «averiguar el paradero del menor» (apartado a); el art. 7, prf. 2, del Convenio de La Haya de 1980, hace referencia a la adopción de medidas para «localizar a los menores trasladados o retenidos de manera ilícita» (apartado a); el art. 20, prf. 1º del Convenio franco-marroquí de 1981, contempla la asistencia mutua que habrán de prestarse las Autoridades Centrales para llevar a cabo labores de búsqueda y localización, en sus respectivos territorios, de los menores desplazados, cuyo derecho de custodia esté comprobado o haya sido reconocido; el art. 2 del Convenio franco-argelino de 1988, prevé la adopción de medidas tendentes a buscar el lugar dónde se halle el menor en causa; el art. 4, prf. 2 del Convenio hispano-marroquí de 1997, establece la obligación de tomar medidas para «localizar a un menor desplazado ilícitamente» (apartado a).

#### *2º. Medidas tendentes a evitar y prevenir posibles peligros para el menor.*

30. El art. 4, prf. 2 del Convenio hispano-marroquí, también establece la adopción de medidas tendentes a «evitar nuevos peligros para el menor y, en particular, su desplazamiento hacia el territorio de un tercer Estado» (apartado b), e igualmente, contempla a obligación de «velar para que se tomen, en todos los casos, todas las medidas provisionales, incluso sin procedimiento contradictorio, tendentes a evitar nuevos peligros para el menor o perjuicios para las partes implicadas» (apartado h). El Convenio franco-marroquí de 1981, también intenta prevenir nuevos peligros para el menor o perjuicios para las partes implicadas, mediante la adopción, en caso de urgencia, de cualquier medida provisional que parezca útil (art. 20, prf. 2º). En el art. 7, prf. 2º del Convenio de La Haya de 1980, también se contempla la necesidad de «prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas», y en el mismo sentido se manifiesta el art. 5, prf. 1 del Convenio de

Luxemburgo de 1980.

*3º. Medidas para solucionar amistosamente la controversia: medidas tendentes a que se produzca la entrega voluntaria del menor y a facilitar el ejercicio del derecho de visita.*

31. Ni que decir tiene que el interés del menor, lesionado mediante su traslado ilícito, saldrá mucho más beneficiado si las partes, los padres en este caso, llegan a una solución pacífica; es por ello, que en los distintos instrumentos internacionales que se ocupan de este problema, se plantea la adopción de medidas tendentes a que la controversia se resuelva de una manera amistosa: así, el art. 4, prf. 2 del Convenio hispano-marroquí, hace referencia, en su apartado c), a la adopción de medidas tendentes a «facilitar una solución amistosa, supervisar la entrega amistosa del menor y el ejercicio de derecho de visita». La adopción de este tipo de medidas también aparece recogida en el art. 7, prf. 2 del Convenio de La Haya de 1980, y una redacción muy parecida utiliza el Convenio franco-marroquí de 1981 (art. 20, prf. 2º). En cuanto al Convenio franco-argelino de 1988, menciona una serie de medidas tendentes a facilitar cualquier solución amistosa que pueda asegurar la entrega o la visita del menor, favorecer la organización o el ejercicio efectivo del derecho de visita y facilitar el ejercicio efectivo del derecho de visita, otorgado a un nacional del otro Estado, en su territorio (art. 2, apartados c), d) y g).

*4º. Medidas para proporcionar información acerca de la situación del menor.*

32. Otro tipo de medidas que deberán adoptar las Autoridades Centrales, son aquéllas cuyo objetivo consiste en proporcionar información acerca del menor en cuestión; así, el art. 4, prf. 2 del Convenio hispano-marroquí, hace referencia a que las Autoridades Centrales informarán «sobre la situación del menor» (apartado d). El Convenio de La Haya de 1980, concreta más el tipo de

información que deberán suministrar las Autoridades Centrales (art. 7, prf. 2); esta pauta también la sigue el Convenio franco-marroquí de 1981 (art. 20, prf. 1); y en sentido similar se manifiesta el Convenio franco-argelino de 1988 (art. 2, apartado b).

*5º. Medidas tendentes a garantizar la restitución del menor.*

33. Una de las más importantes medidas cuya adopción corresponde a las Autoridades Centrales, tendrá como objetivo la restitución del menor, en el mínimo tiempo posible, a quién ostentaba el derecho de custodia antes de producirse el desplazamiento o la retención ilícitos: el art. 4, prf. 2 del Convenio hispano-marroquí, establece que las Autoridades Centrales deberán «garantizar la repatriación del menor» (apartado e). Esa misma intención de conseguir la restitución de los menores, se contempla en el Convenio de Luxemburgo de 1980 (art. 5, prf. 1, apartados c y d), y en la misma idea incide el Convenio de La Haya de 1980 (art. 7, prf. 2, apartado h). El Convenio franco-marroquí de 1981, también contempla la necesidad de adoptar las medidas que sean necesarias para reintegrar al menor al lugar del que ha sido desplazado, o al que no se ha permitido su regreso (art. 21). El Convenio franco-argelino de 1988, por su parte, establece que las Autoridades Centrales, deberán asegurar la entrega del menor al demandante cuando la ejecución de la decisión haya sido aprobada (art. 2, apartado e).

*6º. Medidas tendentes a proporcionar información sobre las respectivas legislaciones estatales.*

34. El Convenio hispano-marroquí contempla la necesidad de que las Autoridades Centrales proporcionen «información sobre las legislaciones de sus Estados, relativa a la aplicación del presente Convenio» (art. 4, prf. 2, apartado f). El Convenio de Luxemburgo de 1980 establece, asimismo, la adopción de medidas tendentes a facilitar información legislativa, pero precisa un poco

más los contenidos de dicha información, (art. 3, prf. 2, apartados a, b, y c). En el mismo orden de ideas se manifiesta el art. 7, prf. 2 del Convenio de La Haya. El Convenio franco-marroquí de 1981, por su parte, establece que las Autoridades Centrales se suministrarán mutuamente, y previa petición, los informes relativos a las leyes en vigor en el territorio del Estado en el que dichas Autoridades actúen, a fin de facilitar la prueba ante sus autoridades judiciales, así como sobre su organización judicial (art. 17). En cuanto al Convenio franco-argelino de 1988, no prevé ninguna función informativa respecto del contenido de los Derechos en presencia.

#### *d. La posibilidad de que las Autoridades Centrales se nieguen a intervenir*

35. El Convenio hispano-marroquí, contiene, en su art. 2, prf. 2, una cláusula que permite a las Autoridades Centrales negarse a intervenir: «la Autoridad Central competente podrá denegar su intervención cuando no se reúnan las condiciones requeridas en el presente Convenio». Dicha cláusula no se recoge en los demás Convenios bilaterales que se refieren a la sustracción de menores, ni tampoco en el Convenio de La Haya de 1980, pero sin embargo, con una redacción muy similar a la de este Convenio hispano-marroquí, aparece en el Convenio de Luxemburgo de 1980 (art. 4, prf. 4).

### **B. Creación de una Comisión Mixta Consultiva**

#### *a. Composición*

36. El art. 5, prf. 1, del Convenio hispano-marroquí, prevé la creación de una Comisión Mixta Consultiva, que se compondrá de «representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia...»; y en este mismo sentido se manifiesta el art. 16, prf. 2 del Convenio franco-marroquí de 1981<sup>23</sup>. La redacción de ambos textos resulta insuficiente, puesto que no mencionan la composición exacta de la Comisión, ni tampoco hacen referencia al número de sus

miembros<sup>24</sup>. En cuanto al Convenio franco-argelino de 1988, su art. 12 prevé la actuación de una Comisión Paritaria, desde el momento de la firma de dicho instrumento internacional, pero en dicho precepto tampoco se regula la composición de tal instancia<sup>25</sup>.

#### *b. Función*

37. La función de la Comisión Mixta Consultiva prevista por el art. 5, prf. 1 del Convenio hispano-marroquí, será la de «facilitar la solución de los casos que se planteen en la aplicación del presente Convenio»; es decir, de la redacción de esta norma, se deduce que la función a desempeñar por esta instancia, no será otra que una función de apoyo a la actuación de las Autoridades Centrales. También le corresponderá decidir sobre las solicitudes de devolución de los menores trasladados o retenidos antes de entrar en vigor el Convenio (art. 21, prf. 2º). El art. 16, prf. 2 del Convenio franco-marroquí, especifica un poco más cuales son las cuestiones que han de someterse a la Comisión, al hacer referencia a que ésta deberá facilitar la solución de los problemas más complicados que se sometan a las Autoridades Centrales, y por lo que se refiere a la Comisión Paritaria creada por el Convenio franco-argelino, su función se limita a la resolución de los litigios pendientes en el momento de la entrada en vigor de dicho Convenio, debiendo inspirarse para ello, en las disposiciones en él contenidas, y atendiendo siempre al interés del menor.

#### *c. Funcionamiento*

38. El prf. 2 del art. 5 del Convenio hispano-marroquí, establece que la Comisión «se reunirá alternativamente, en Madrid y en Rabat, al menos una vez al año y a solicitud de uno u otro Gobierno, en la fecha que se establezca de común acuerdo». Esta redacción, aunque no establece una fecha concreta para la reunión, ni tampoco menciona el periodo de tiempo que ésta haya de durar, aclara un poco más las cosas que el texto del art. 16, prf. 2 del Convenio fran-

<sup>23</sup>F. Monéger, pone de relieve que, el hecho de que se haga referencia a los representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia, hacen, de dicha Comisión, una instancia tanto diplomática como judicial. («La Convention franco-marocaine...», *loc. cit.*, p. 286).

<sup>24</sup>Atendiendo a estas deficiencias, F. Monéger dice que el texto del Convenio franco-marroquí, es bastante vago. («La Convention franco-marocaine...», *loc. cit.*, p. 286).

<sup>25</sup>F. Monéger hace referencia a la ausencia de una regulación más precisa en el art. 12 del Convenio franco-argelino. («La Convention relative aux enfants...», *loc. cit.*, p. 61).

<sup>26</sup>F. Monégér dice que esta Comisión no se reunirá de forma sistemática, sino únicamente a petición de uno u otro Estado, para intentar resolver los asuntos más difíciles que se planteen. («La Convention franco-marroquaine...», *loc. cit.*, p. 286).

<sup>27</sup> Contrariamente a la Comisión Mixta prevista por el Convenio franco-marroquí, y a la establecida por el Convenio hispano-marroquí, que tienen carácter permanente, ésta es una instancia de carácter transitorio, cuyo establecimiento ha venido determinado por la necesidad de resolver los litigios que se hallaban pendientes cuando se adoptó el Convenio franco-argelino; F. Monégér considera demasiado corto el período de un año para resolver los asuntos pendientes, y dice que, en todo caso, hubiera sido preferible que dicho plazo hubiese comenzado a correr a partir del día de entrada en vigor del Convenio, en lugar de hacerlo a partir de la fecha de su firma. («La Convention relative aux enfants...», *loc. cit.*, p. 61). El funcionamiento de esta Comisión Paritaria, puede resultar original, puesto que su actuación había de ser solicitada por alguno de los progenitores (art. 12, prf. 3); estaba habilitada para requerir a las Autoridades Centrales designadas en el art. 1, que las investigaciones que fuesen necesarias se efectuasen en cada Estado por las autoridades administrativas y judiciales competentes. Asimismo, esta Comisión debía emitir dictámenes motivados sobre el derecho de custodia y el derecho de visita y las modalidades de su organización, y en atención a tales informes, el progenitor interesado podía solicitar al juez que fijó el derecho de custodia y el derecho de visita, que modificase su decisión conforme a las disposiciones del Convenio que resultasen aplicables al caso (art. 12, prf. 4). F. Monégér dice que se establece un procedimiento demasiado largo y complicado para un plazo de tiempo tan corto. («La Convention relative aux enfants...», *loc. cit.*, p. 62).

co-marroquí, en el que únicamente se establece que la Comisión ha de reunirse de forma periódica, a petición de uno u otro Estado<sup>26</sup>. La Comisión Paritaria del Convenio franco-argelino, comenzó a funcionar a partir de la fecha de la firma de dicho Convenio, expirando su mandato un año después de su establecimiento<sup>27</sup>.

### C. Otros mecanismos para facilitar el funcionamiento del Convenio

#### a. La posibilidad de acudir directamente a las autoridades judiciales

39. El Convenio hispano-marroquí de 1997, además de configurar un sistema de cooperación que reposa sobre el establecimiento de Autoridades Centrales, en cuya ayuda prevé la actuación de una Comisión Mixta Consultiva, también adopta otras medidas que, de algún modo, contribuyen a una más efectiva aplicación de sus disposiciones. Así, en primer lugar, la normativa convencional contempla la posibilidad de que los particulares interesados en un litigio sobre la custodia o el derecho de visita respecto de un menor, acudan directamente a las autoridades judiciales competentes, sin mediación de la correspondiente Autoridad Central (art. 3, prf. 3). Esta posibilidad de actuación «directa», constituye realmente una novedad respecto de los anteriores Convenios relativos a esta materia, puesto que ni en los Convenios multilaterales de Luxemburgo y La Haya de 1980, ni en los Convenios bilaterales franco-marroquí y franco-argelino, a los que venimos haciendo referencia, se contiene una disposición de este tipo.

#### b. La gratuidad del procedimiento

40. Otra medida tendente a facilitar el funcionamiento del Convenio hispano-marroquí, es la que establece su art. 6, cuyo prf. 1 pone de relieve que «a excepción de los gastos de repatriación, no se exigirá al solicitante ningún pago por cualquier medida tomada en el Estado requerido, incluyendo los gastos y costas del procedimiento», y el prf. 2 continúa diciendo que «para

la aplicación del presente Convenio, se garantizará la gratuidad de los procedimientos y de la asistencia judicial, según la normativa vigente en cada uno de los dos Estados». Una disposición muy parecida se contempla en el art. 5 del Convenio de Luxemburgo de 1980. En cuanto al Convenio de La Haya de 1980, una importante innovación de la regulación en él prevista, la constituye el establecimiento, junto a la asistencia judicial gratuita, de un asesoramiento jurídico también gratuito, en todo aquello que se refiere a la aplicación del Convenio (art. 25). Por lo que se refiere a los convenios bilaterales, tanto en el art. 16, prf. 1 del Convenio franco-marroquí de 1981, como en el art. 1 del Convenio franco-argelino de 1988, se establece la gratuidad de las actuaciones de las Autoridades Centrales, y además, el art. 3 de este último instrumento internacional, garantiza la asistencia judicial, en el territorio de ambos Estados, sean cuales sean los recursos económicos de las partes.

#### c. La aplicación de un procedimiento rápido y sencillo

41. La sencillez y rapidez del procedimiento utilizado, también contribuyen a que las disposiciones convencionales se apliquen con mayor eficacia; así el art. 14, prf. 1 del Convenio hispano-marroquí, dispone que «cada Estado contratante aplicará, tanto a la solicitud de devolución inmediata como al reconocimiento y a la ejecución de una resolución relativa a la custodia o al derecho de visita, un procedimiento sencillo y rápido», y «para ello, velará, en particular, porque el Ministerio Público o el Abogado del Estado puedan presentar la solicitud de exequatur». Una disposición muy similar, es la contemplada en el art. 14 del Convenio de Luxemburgo de 1980. La necesidad de acudir a un procedimiento rápido y sencillo, también aparece en el Convenio de La Haya de 1980, de cuyo art. 11, prf. 1, se deduce que cuando las autoridades judiciales o administrativas del Estado en que se halle el menor, sean encargadas de promover su retorno, deberán actuar con la mayor diligencia posible, tanto en el sentido de otorgar

un trato prioritario a esas demandas, como en el de utilizar los procedimientos más rápidos que establezca su ordenamiento jurídico.

#### *d. La exención de legalizaciones u otras formalidades análogas*

42. La exención de formalidades en el ámbito convencional contribuye tanto a agilizar el funcionamiento de su normativa, como a evitar cierto rechazo que normalmente se produce hacia las regulaciones que exigen excesivos requisitos formales. El art. 19 del Convenio hispano-marroquí, establece que «los documentos presentados o remitidos en aplicación del presente Convenio estarán exentos de legalización u otra formalidad análoga» (prf. 1); si en algún momento fuese necesario comprobar la autenticidad de un documento, la correspondiente certificación se realizará «por mediación de la Autoridad Central» (prf. 2). El art. 16 del Convenio de Luxemburgo también establece la exención de legalizaciones y otras formalidades, y en el mismo sentido se manifiesta el art. 23 del Convenio de La Haya. Se trata de una exención que normalmente se contempla en los convenios en los que se establece, en alguna medida, la transmisión de documentos entre los Estados contratantes.

#### *e. La exención de la obligación de prestar caución de arraigo en juicio*

43. El requisito de satisfacer ciertos gravámenes puede dar lugar a que los particulares se retraigan a la hora de plantear litigios ante una jurisdicción extranjera, por ello, el art. 20 del Convenio hispano-marroquí establece que «no podrá imponerse *cautio iudicatum solvi* alguna en razón de la condición de extranjero o bien de ausencia del demandado, o por falta de residencia en el Estado, a la parte que solicite la ejecución en el Estado requerido de una resolución del Estado requirente». En el Convenio de La Haya también se contempla una norma de este tipo, pues su art. 22 pone de manifiesto que no podrá

ser impuesto, en el contexto convencional, ningún tipo de caución o depósito, cualquiera que sea su denominación, pero únicamente respecto de los «procedimientos judiciales o administrativos previstos por el Convenio», de lo que se deduce que no se prohíbe la adopción de otros depósitos o cauciones, como pueden ser las cauciones impuestas para garantizar el correcto ejercicio del derecho de visita. Pese a tener una redacción poco clara, el art. 20 del Convenio hispano-marroquí, parece más concreto, puesto que la exención por él prevista se refiere, exclusivamente, a la *cautio iudicatum solvi* que pudiera exigirse en atención a la condición de extranjero del demandante, a la ausencia del demandado, o a la falta de residencia en el Estado requerido.

## 5. LA OBLIGACIÓN DE DEVOLUCIÓN INMEDIATA

### **A. La solicitud de devolución presentada dentro de los seis meses subsiguientes al desplazamiento ilícito. Causas de denegación de la devolución**

#### *a. La solicitud de devolución inmediata*

44. El art. 8, prf. 1 del Convenio hispano-marroquí de 1997, pone de relieve que «cuando la solicitud de devolución, una vez ocurrido el desplazamiento ilegal del menor, sea presentada ante las Autoridades Centrales de uno de los Estados contratantes, antes de haber transcurrido un plazo de seis meses, la autoridad judicial competente deberá ordenar su devolución inmediata». Ese mismo plazo de seis meses, desde que se produce el desplazamiento, hasta que se presenta la solicitud de devolución, también se establece como requisito para que tenga lugar la restitución inmediata del menor, en el art. 8 del Convenio de Luxemburgo de 1980. La restitución del menor también aparece garantizada en el art. 8, prf. 1 del Convenio de La Haya de 1980. Por lo que se refiere al Convenio franco-marroquí de 1981, su art. 25, prf. 1, también estable-

<sup>28</sup>E. Monéger hace referencia a que esta acción preventiva de entrega inmediata del menor, prevista en el art. 25 del Convenio franco-marroquí, es idéntica a la prevista en el art. 12 del Convenio de La Haya de 1980 («La Convention franco-marocaine...», *loc. cit.*, p. 286). P. Decroix, por su parte, cuestiona el acierto de establecer esta medida únicamente a título preventivo, pues la actuación de traslado o retención del menor ha tenido lugar en menoscabo de un derecho de custodia atribuido, de forma regular, al otro progenitor, por lo que con la decisión de entrega, únicamente se pretende restablecer un derecho lesionado, ya existente, y entonces, no tiene sentido que la adopción de tal decisión se realice «a título preventivo». («La Convention franco-marocaine...», *loc. cit.*, p. 83). I. Barrière-Brousse pone de relieve que la acción de restitución es una acción «puramente de conservación», que tiende a remediar, mediante una vía de hecho, la sustracción del menor realizada por el progenitor no guardador, para restablecer la situación que dicho progenitor ha modificado unilateral e ilícitamente («L'enfant et...», *loc. cit.*, p. 858).

ce la obligación, del juez del Estado al que el menor ha sido desplazado o en el que ha sido retenido, de ordenar, como medida preventiva, la entrega inmediata del menor<sup>28</sup>, y en cuanto al Convenio franco-argelino de 1988, su art. 11 prevé la posibilidad de acudir a la utilización de la fuerza pública para llevar a cabo la ejecución forzosa de la acción de restitución, de manera que se asegure el retorno efectivo del menor al territorio del que salió.

#### **b. Causas de denegación de la devolución**

45. El Convenio de La Haya de 1980, hace referencia, en su art. 13, a tres tipos de situaciones en las que las autoridades competentes del Estado requerido pueden denegar el retorno del menor. Por otro lado, el art. 17 de este Convenio también pone de relieve que la existencia de una decisión relativa a la custodia del menor en el Estado requerido, no supone un obstáculo al retorno del menor; en tales casos, únicamente será necesario que la autoridad judicial o administrativa que conoce del asunto, tome en cuenta la motivación de esta decisión a la hora de resolver sobre la demanda de retorno. El Convenio franco-marroquí de 1981, tomando como base de su normativa, la regulación prevista en el Convenio de La Haya de 1980, también establece una serie de excepciones a la obligación de restitución inmediata del menor en su art. 25. Por otro lado, este Convenio franco-marroquí no contempla la posibilidad de denegar la restitución del menor cuando éste se oponga a ella, posibilidad que sí prevé el Convenio de La Haya. En cuanto al Convenio hispano-marroquí de 1997, hay que destacar que establece unas causas de exención de la obligación de restitución, totalmente diferentes a las previstas en la normativa convencional anterior, a la que acabamos de hacer referencia; así, su art. 8, prf. 2, dispone que «la autoridad judicial no estará obligada a ordenar la devolución del menor cuando: a) el menor sea nacional, exclusivamente, del Estado requerido y, según la ley interna

de este Estado, el padre con el que se encuentre el menor sea el único titular de pleno derecho de la patria potestad; b) se alegue una resolución ejecutiva relativa a la custodia en el territorio del Estado requerido, con anterioridad al desplazamiento».

En primer lugar hay que decir que la redacción de este precepto no deja claro si es necesario que concurren ambas circunstancias para que la autoridad judicial no se vea obligada a restituir al menor, o si bien, basta con que se produzca alguna de ellas. Por otro lado, si nos atenemos a la primera de las exenciones, puede plantearse el siguiente supuesto: una mujer española se casa con un hombre marroquí y adquiere la nacionalidad de su marido, en cuyo caso, un hijo nacido de esa unión será exclusivamente de nacionalidad marroquí; el Derecho marroquí atribuye la patria potestad únicamente al padre. La pareja se divorcia y la mujer recobra su nacionalidad española; si los tribunales españoles le otorgan la custodia sobre su hijo, y el padre se lo lleva a Marruecos, se trataría de un menor cuya nacionalidad es exclusivamente la marroquí, y dado que la legislación interna de Marruecos atribuye la patria potestad únicamente a padre, el juez marroquí no estaría obligado a restituir el menor a la madre.

La segunda causa de denegación, se opone frontalmente a la normativa prevista en el Convenio de La Haya, cuyo art. 17 establece que «el sólo hecho de que se haya dictado una resolución relativa a la custodia del menor, o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido, no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio»; aquí, por el contrario, la existencia de una resolución ejecutiva relativa a la custodia, en el territorio del Estado requerido, con anterioridad al desplazamiento, constituye un motivo de denegación de la devolución del menor.

**B. La solicitud de devolución presentada una vez transcurridos seis meses desde que se produce el desplazamiento ilícito**

*a. Subsistencia de la obligación de restitución*

46. Pese a que desde que se produjo el desplazamiento ilícito hasta que se presenta la solicitud de devolución, haya transcurrido un período de tiempo más amplio que el previsto para que se produzca la restitución inmediata del menor, dicha obligación de restitución se mantiene, como lo pone de manifiesto el Convenio hispano-marroquí en su art. 9, prf. 1: «cuando se presente la solicitud de devolución después de transcurrido un plazo de seis meses, la Autoridad judicial ordenará la devolución del menor, en las mismas condiciones...»; en este mismo sentido se manifiesta el prf. 2 del art. 12 del Convenio de La Haya de 1980.

*b. Excepciones a la obligación de restitución del menor*

47. También en este supuesto de que la solicitud de devolución se presente una vez expirado el plazo establecido para que tenga lugar la restitución inmediata, existen determinadas circunstancias que permiten a la autoridad competente verse liberada de la obligación de restitución; así, el prf. 1 del art. 9 del Convenio hispano-marroquí, continúa diciendo que las autoridades judiciales no ordenarán la restitución del menor si se demuestra que éste «se ha integrado en su nuevo entorno o que su devolución le puede exponer a algún peligro físico o psíquico o a una situación intolerable». El art. 12, prf. 2 del Convenio de La Haya, sin embargo, únicamente hace referencia, como excepción a la obligación de restitución si la solicitud se presentó una vez transcurrido un año desde el traslado ilícito, a que «quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio»<sup>29</sup>.

Respecto de la regulación prevista en el Convenio hispano-marroquí, no resul-

ta extraño que la integración del menor en su nuevo medio como causa de denegación de la restitución se tenga en cuenta cuando la solicitud de devolución se haya presentado después de seis meses desde que se produjo el desplazamiento, puesto que el transcurso de tal período de tiempo puede considerarse el mínimo necesario para que se produzca la citada integración. Sin embargo, lo que no se entiende es por qué el juez puede denegar la restitución, si la solicitud de devolución se presentó una vez transcurridos seis meses desde el desplazamiento, alegando que tal restitución supondría exponer al menor a algún peligro físico o psíquico o a una situación intolerable, pero no puede hacer uso de tal alegación si la solicitud de devolución se ha interpuesto antes de que hayan transcurrido esos seis meses desde el desplazamiento o la retención del menor ¿acaso es imposible que antes de seis meses no pueda constatarse la existencia de los citados peligros para el menor?

Por otro lado, el prf. 2 del art. 9 del Convenio hispano-marroquí, también establece que, «al considerar las circunstancias, las Autoridades judiciales tendrán en cuenta: «únicamente el interés del menor, sin ninguna otra restricción derivada de su Derecho interno; y la información proporcionada por las Autoridades competentes del lugar de residencia anterior del menor». La prohibición tajante de utilizar otras restricciones que deriven del Derecho interno del Estado requerido, a la hora de otorgar o denegar la restitución del menor, puede dar lugar a algunas situaciones peligrosas: por ejemplo, puede ocurrir que las autoridades marroquíes soliciten a las autoridades españolas que sea restituida una menor, que se hallaba bajo la custodia de su padre en Marruecos, y que ha sido trasladada ilícitamente por su madre a España; la actuación de la madre española halla su justificación en el deseo de evitar que su hija sea sometida a la ablación, rito consuetudinario anterior al islamismo, pero que la legislación marroquí no prohíbe. Desde el punto de vista de la legislación española, tal mutilación sería constitutiva de

<sup>29</sup> No obstante, el Convenio de La Haya también establece, como causa de denegación de la restitución, el que tal restitución pueda exponer al menor a un peligro grave, pero tal causa aparece contemplada entre los motivos de exención de la obligación de restitución cuando la solicitud se presenta antes de un año desde que se produjo el desplazamiento.

<sup>30</sup> F. Monéger, dice que únicamente se trata «de hacer cesar una vía de hecho» sin que tal decisión prejuzgue sobre el fondo del derecho de custodia. («La Convention franco-marocaine...», *loc. cit.*, p. 287). P. Decroix considera que esta decisión de retorno, realmente no tiene que «prejuzgar» ni que «juzgar» nada, puesto que no es más que la consecuencia de la aplicación o del ejercicio de un derecho de custodia que ya ha sido establecido, y por lo tanto, ya ha sido juzgado. («La Convention franco-marocaine...», *loc. cit.*, p. 83).

delito, además de suponer un claro peligro físico y psíquico para la menor, pero, sin embargo, desde el punto de vista, religioso y social de la cultura islámica, el no someter a la menor a este rito, supondría un grave daño moral para ella. ¿Podrán las autoridades españolas denegar la restitución atendiendo al interés de la menor -interés que es diferente desde el punto de vista de ambas culturas-, o bien tendrían que basarse en la normativa de nuestro Derecho interno para no acceder a las pretensiones marroquíes, lo cual aparece expresamente prohibido en este prf. 2 del art. 9 del Convenio?

### C. Características generales de la acción de devolución

#### a. Independencia

48. El ejercicio de la acción de devolución inmediata del menor, tendrá un carácter independiente, pues, tal y como establece el prf. 1 del art. 10 del Convenio hispano-marroquí, «no estará supeditado al reconocimiento y a la ejecución de una resolución judicial en el Estado requerido», y además, como prevé el prf. 2 de la citada disposición, «la resolución mediante la que se ordene la devolución inmediata del menor, no prejuzgará el fondo del derecho de custodia». En un sentido similar se manifiesta el art. 19 del Convenio de La Haya de 1980, y esta idea asimismo, se contienen en el art. 25, prf. 3 del Convenio franco-marroquí de 1981<sup>30</sup>.

#### b. Prioridad

49. El ejercicio de la acción de devolución inmediata, también ha de ser prioritario, pues tal y como establece el art. 10, prf. 3 del Convenio hispano-marroquí, «los órganos jurisdiccionales de los Estados requeridos estarán obligados a resolver sobre la solicitud de devolución inmediata, con prioridad respecto a cualquier otra solicitud relativa al menor, que se le formule».

Esta misma idea de ejercicio prioritario se contiene en el art. 16 del Con-

venio de La Haya de 1980. Por lo que se refiere al Convenio franco-marroquí de 1981, el prf. 4 de su art. 25 establece que si las autoridades judiciales han de decidir a cerca de una acción en modificación de la atribución del derecho de custodia sobre un menor desplazado o retenido, en detrimento de una decisión sobre la custodia dictada por la jurisdicción competente de uno de los dos Estados, e igualmente, también han de decidir sobre una solicitud de restitución del menor, interpuesta por la persona a quién fue atribuido el derecho de custodia, dicha autoridad judicial deberá decidir, de forma prioritaria, sobre la solicitud de restitución del menor.

### D. Documentos que habrán de acompañar la solicitud de devolución del menor

#### a. Información personal y relativa a la localización del menor

50. El Convenio hispano-marroquí requiere que la solicitud de restitución del menor vaya acompañada de determinada documentación, como la relativa a la persona del menor, de sus progenitores y aquella que arroje alguna luz respecto del lugar en que pueda hallarse el menor; así, el art. 15, hace referencia, en su apartado a), a la «información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona de que se alega que se ha llevado o retenido al menor», y en su apartado c), a «cualquier información disponible referente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la que se supone que se encuentra el menor». El Convenio de La Haya de 1980, también exige, en su art. 8, prf. 2, que la solicitud de restitución vaya acompañada por cierta información.

#### b. Documentación justificativa de los motivos de la solicitud de devolución

51. También deberá ir acompañada la solicitud de devolución del menor, de aquellos documentos que justifiquen la motivación en que tal solicitud se apoya; así, el art. 15, apartado b) del Convenio hispano-marroquí, establece que

la solicitud deberá incluir «los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la devolución del menor», siendo preciso presentar, en apoyo de dicha solicitud, según los casos: «copia de resolución dictada que reúna las condiciones necesarias para que se considere auténtica; cualquier documento que establezca que, según la ley del Estado requirente, la resolución es ejecutiva; cualquier acto o documento que establezca la nacionalidad del menor, en la fecha del desplazamiento ilegal; cualquier documento que pueda demostrar que el menor tenía su residencia en el territorio del Estado requirente, en el momento del desplazamiento ilegal». El Convenio de La Haya, también establece, en su art. 8, que deberá acompañar a la solicitud, cierta documentación.

#### *c. Documentos habilitantes*

52. El art. 15 del Convenio hispano-marroquí, también establece que «en caso de que se solicite la intervención de la Autoridad Central del Estado requerido», la solicitud de devolución deberá incluir «cualquier documento que habilite, a dicha Autoridad Central, para actuar en nombre del requirente o a designar para ello a otro representante» (apartado d). Una disposición similar es la que se contiene en el art. 28 del Convenio de La Haya.

#### *d. La posibilidad de posterior subsanación*

53. El Convenio hispano-marroquí, contempla una posibilidad que no aparece en el Convenio de La Haya, puesto que permite que los documentos exigidos para interponer la solicitud de devolución, puedan ser presentados posteriormente a ésta, e incluso, ser sustituidos por otros documentos equivalentes; dice el art. 17 que «a falta de presentación de los documentos mencionados en los anteriores artículos, la autoridad judicial del Estado requerido podrá establecer un plazo para su presentación o aceptar un documento equivalente si se considera suficientemente informada».

## **6. SOLICITUD, RECONOCIMIENTO Y EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA**

### **A. La presentación de la solicitud**

54. El art. 13, prf. 1 del Convenio hispano-marroquí, dispone que «la solicitud referente a la organización o a la protección del ejercicio del derecho de visita, podrá dirigirse a la Autoridad Central». El precepto no establece una obligación de presentar la solicitud ante la Autoridad Central, puesto que ello contradecía lo dispuesto por el art. 3, prf. 3, que permite que cualquier persona interesada acuda directamente, en cualquier momento del procedimiento, a las autoridades judiciales de los Estados contratantes. La organización y garantía del ejercicio efectivo de derecho de visita, también aparecen reguladas en el art. 21 del Convenio de La Haya de 1980.

### **B. Las condiciones de reconocimiento y ejercicio del derecho de visita**

55. El art. 13, prf. 2 del Convenio hispano-marroquí, establece que «las disposiciones de una resolución judicial, relativas al derecho de visita, serán reconocidas y se pondrán en práctica, en las mismas condiciones que las relativas a la custodia». El Convenio de Luxemburgo de 1980, establece una disposición semejante en el prf. 1 de su art. 11. El Convenio franco-argelino de 1988, al hablar del ejercicio del derecho de visita, también admite cierta matización en atención al interés del menor, y así, el prf. 3 de su art. 6, dispone que en caso de que circunstancias excepcionales pongan directamente en peligro la salud física o moral del menor, el juez adaptará las modalidades de ejercicio de ese derecho, de conformidad con el interés del menor. En este instrumento internacional se ha querido dejar claro que el derecho de visita establecido podrá ejercerse tanto en el territorio del Estado en el que reside el menor como más allá de sus fronteras, pues el art. 6, prf. 1 dice que las partes contratantes se comprometen a garanti-

<sup>31</sup>F. Monéger considera que en este Convenio, no es el establecimiento o la garantía de ejercicio del derecho de visita lo que supone una novedad, sino el hecho de que las partes hayan admitido que ese derecho de visita pueda entrañar el desplazamiento de los menores de un país a otro. («La Convention relative aux enfants...», *loc. cit.*, p. 54). I. Barrière-Brousse, por su parte, estima que la búsqueda de un equilibrio entre las atribuciones del progenitor investido del derecho de guarda y las del que sólo ostenta el derecho de visita, constituyó el centro de la regulación prevista por el Convenio franco-argelino de 1988. («L'enfant et...», *loc. cit.*, p. 862)

zar a los cónyuges separados el ejercicio efectivo del derecho de visita interno y transfronterizo<sup>31</sup>.

### C. Funciones de la Autoridad Central en materia de organización y protección del derecho de visita

#### a. Función de cooperación

56. En lo referente a la organización y garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita, las Autoridades Centrales van a desempeñar, en primer lugar, una función de cooperación, pues, como establece el art. 13, prf. 3 del Convenio hispano-marroquí de 1997, dichas Autoridades adoptarán o harán tomar, «las medidas adecuadas para salvar, en la medida de lo posible, los obstáculos que se opongan al cumplimiento pacífico del derecho de visita» (apartado a). Esta misma función de cooperación se prevé en el art. 21, prf. 2 del Convenio de La Haya de 1980, y el art. 20, prf. 3 del Convenio franco-marroquí de 1981, también establece la función de cooperación de las Autoridades Centrales en materia de derecho de visita.

#### b. Función de mediación

57. Además de la función de cooperación, las Autoridades Centrales también han de desempeñar una función de mediación entre los particulares y las autoridades judiciales de sus respectivos Estados; así, el art. 13, prf. 3 del Convenio hispano-marroquí, establece que la Autoridad Central «acudirá, si ha lugar, a la jurisdicción competente para que se organice o se proteja el derecho de visita», pudiendo, dicha jurisdicción, «establecer las modalidades de la puesta en práctica y del ejercicio del derecho de visita» (apartado b); e igualmente, acudirá la Autoridad Central a la jurisdicción competente, si ha lugar a ello, «para que resuelva» tal jurisdicción, «sobre el derecho de visita, a solicitud de la persona que invoque dicho derecho, cuando no se haya resuelto sobre el derecho de visita o cuando su haya denegado el reconocimiento o la ejecución de la resolución relativa a la custo-

dia» (apartado c). Esta función mediadora de la Autoridad Central ya se contempla en el prf. 3 del art. 21 del Convenio de La Haya de 1980, y una disposición muy similar a la del Convenio de La Haya se contiene en el art. 22, prf. 2 del Convenio franco-marroquí.

## 7. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES

### A. Causas de denegación del reconocimiento y la ejecución

#### a. La falta de notificación al demandado

58. El art. 11 del Convenio hispano-marroquí de 1997, establece que «el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales ejecutivas en territorio del Estado requirente, sólo podrán ser denegados por las Autoridades judiciales de dicho Estado, por uno de los siguientes motivos...» En primer lugar, hay que poner de relieve la siguiente cuestión: ¿resulta acertada la redacción de este precepto cuando dice que son las Autoridades judiciales del Estado *requirente* las que pueden denegar el reconocimiento y la ejecución respecto de las resoluciones que *ya son ejecutivas* en el territorio de dicho Estado? Sin lugar a dudas puede afirmarse que se ha cometido un error en la redacción de este precepto, y que lo que realmente quiere decir es que cuando una resolución judicial sea ejecutiva en el territorio del Estado *requirente*, las autoridades del Estado *requerido* únicamente podrán denegar el reconocimiento y la ejecución a dicha resolución si concurre alguno de los motivos enunciados en esta disposición. Veamos cuales son esos motivos.

El apartado a) del art. 11, hace referencia a la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución, «sí, en el caso de que se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, el acto por el que se abre el procedimiento o un acto equivalente no ha sido notificado o entrega-

do, formalmente, al demandado dentro del plazo oportuno para que pueda defenderse; no obstante, esta falta de notificación o de entrega no podrá constituir una causa de denegación del reconocimiento o de la ejecución, cuando la notificación no haya tenido lugar porque el demandado haya ocultado el lugar dónde se encuentra a la persona que haya iniciado el procedimiento en el Estado requirente». La falta de notificación formal al demandado, también constituye un motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución de resoluciones en el art. 9, prf. 1 del Convenio de Luxemburgo de 1980.

**b. La falta de competencia de la autoridad que dictó la resolución cuyo reconocimiento y ejecución se pretende**

59. Una segunda causa de denegación del reconocimiento y la ejecución, viene establecida por el apartado b) del art. 11 del Convenio hispano-marroquí, según el cual, dicho reconocimiento y ejecución podrán ser denegados «si, en el caso de que se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, la competencia de la autoridad que la hubiere dictado no está basada en la residencia habitual común de los padres del menor o, en su defecto, en la residencia habitual del demandado». El art. 9, prf. 1 del Convenio de Luxemburgo de 1980, también prevé en su apartado b), una causa de denegación del reconocimiento y la ejecución, que se fundamenta en la falta de competencia de la autoridad que dictó la resolución. En cuanto al Convenio franco-marroquí de 1981, en vez de establecer las causas o los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución, establece cuáles son las circunstancias cuya concurrencia hará imposible que el reconocimiento y la ejecución sean denegados.

**c. La incompatibilidad con otra resolución dictada en el Estado requerido**

60. El apartado c) del art. 11 del Convenio hispano-marroquí, establece una tercera causa de denegación del reco-

nocimiento y la ejecución: «si la resolución es incompatible con una resolución relativa a la custodia que haya adquirido fuerza ejecutiva en el Estado requerido, antes del desplazamiento del menor». Esta causa de denegación del reconocimiento y la ejecución también se contempla en el apartado c) del art. 9, prf. 1 del Convenio de Luxemburgo de 1980.

**d. El interés del menor**

61. Por último, el apartado d) del art. 11 del Convenio hispano-marroquí, también establece, como causa de denegación del reconocimiento y ejecución de una resolución, que ello suponga un perjuicio para el interés del menor: «si la solicitud de reconocimiento y ejecución de una resolución relativa al derecho de custodia, se ha presentado una vez transcurrido el plazo de seis meses, a partir del momento del desplazamiento del menor, y se comprueba que, al haber cambiado las circunstancias, incluyendo el transcurso del tiempo, pero con exclusión del cambio únicamente de residencia del menor, a resultas del desplazamiento, el menor se ha integrado en su nuevo medio». El art. 10 del Convenio de Luxemburgo de 1980, igualmente establece una causa de denegación del reconocimiento y la ejecución que se fundamenta en el interés del menor.

**B. Límites materiales al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales**

62. La aplicación de las disposiciones del Convenio hispano-marroquí, referentes al reconocimiento y ejecución de resoluciones, viene limitada por el contenido material de éstas, ya que según el art. 12 del citado instrumento internacional, «cuando la resolución cuyo reconocimiento y ejecución se solicite, conste de varias disposiciones, sólo entrará en el campo de aplicación del presente Convenio, la parte de dicha resolución que se refiera a los derechos de custodia y de visita y sus modalidades de ejercicio»; por lo tanto si la organización de tales derechos se establece en

una sentencia de divorcio de los progenitores, la normativa convencional en absoluto será aplicable a la pretensión de reconocimiento y ejecución de tal sentencia en su totalidad, sino que, únicamente podrá hacerse uso de ella respecto de las disposiciones que se refieran a los derechos de custodia y visita respecto de los hijos menores del matrimonio.

### **C. Documentos que habrán de acompañar la solicitud de reconocimiento y ejecución**

#### *a. La copia de la resolución*

63. El art. 16 del Convenio hispano-marroquí, establece que «la solicitud de reconocimiento o ejecución relativa a la custodia, prevista en el Capítulo III, o al derecho de visita, del Capítulo IV, deberá ir acompañada», en primer lugar, por la «copia de la resolución dictada que reúne las condiciones necesarias para que se considere auténtica» (prf. 1). El prf. 2 del art. 4 del Convenio de Luxemburgo de 1980, establece que la solicitud de reconocimiento y ejecución de un derecho de visita deberá ir acompañada por los documentos mencionados en el art. 13, que se refiere a la documentación que ha de acompañar a la solicitud de reconocimiento y ejecución de un derecho de custodia.

#### *b. Certificación de la notificación al demandado*

64. En segundo lugar, la solicitud de reconocimiento y ejecución de una resolución relativa al derecho de custodia o al derecho de visita, según el Convenio hispano-marroquí, habrá de ir acompañada, «si se trata de una resolución dictada en ausencia», por «el original o una copia certificada conforme del documento, que demuestre que el acto por el que se inicia el procedimiento o un acto equivalente ha sido notificado a la parte ausente, si la sentencia no hace mención de ello, de manera suficiente» (art. 16, prf. 2). El art. 13 del Convenio de Luxemburgo de 1980, también exige ciertas certificaciones.

#### *c. Acreditación de la ejecutoriedad de la resolución*

65. Asimismo, el art. 16, prf. 3 del Convenio hispano-marroquí, exige que la solicitud de reconocimiento y ejecución vaya acompañada por «cualquier documento que pueda demostrar, según la ley del Estado requirente, que la resolución es ejecutiva». En el mismo sentido se manifiesta el art. 13, prf. 1 del Convenio de Luxemburgo de 1980. En el Convenio franco-marroquí de 1981, también se establece la necesidad de que la solicitud de ejecución de una resolución vaya acompañada por un certificado en el que únicamente se constate que la decisión ya es ejecutoria en el Estado en el que se dictó (art. 18).

#### *d. Documentación habilitante*

66. El art. 16, prf. 4 del Convenio hispano-marroquí, dispone que «en caso de que se solicite la intervención de la Autoridad Central del Estado requerido», la solicitud de reconocimiento y ejecución también irá acompañada por «cualquier documento que habilite, a dicha Autoridad Central, para actuar en nombre del requirente o a designar para ello a otro representante». El requisito de que la solicitud de reconocimiento y ejecución vaya acompañada por documentación habilitante, también se contempla en el art. 13, prf. 1, apartado a) del Convenio de Luxemburgo de 1980.

#### *e. La posibilidad de posterior subsanación*

67. El art. 17 del Convenio hispano-marroquí, como ya se ha mencionado al hablar de la documentación que ha de acompañar a la solicitud de devolución del menor, constituye una novedad en relación con las distintas normativas a las que venimos haciendo referencia, puesto que prevé la posibilidad de que los documentos cuya presentación se requiere junto con la solicitud de reconocimiento y ejecución, puedan ser presentados en un momento posterior a la interposición de tal solicitud, o incluso, para facilitar el procedimiento, puedan

ser sustituidos por otros documentos equivalentes, siempre que la información en ellos contenida sea suficiente.

## 8. VALORACION CRÍTICA DEL CONVENIO

68. Llegado el momento de realizar una valoración de este instrumento internacional, es ineludible constatar que muchos son sus defectos y pocas sus virtudes, de modo y manera que, pese a que la intención del legislador era buena, la eficacia de su normativa va ser más bien escasa. Resulta necesario hacer referencia a algunos de los defectos de los que adolece y también, a aquellos aciertos que pueden considerarse más relevantes.

### A. Ambigüedad

69. La ambigüedad es una de las principales características de este Convenio hispano-marroquí de 1997, que se manifiesta tanto en la ausencia de referencias explícitas, como en la falta de claridad de algunas de sus disposiciones.

#### a. Ausencia de referencias explícitas

70. Se echa de menos en la normativa convencional alguna referencia explícita al objetivo de respeto a los derechos de custodia establecidos en los dos Estados contratantes, así como también al objetivo de respeto al derecho de visita, puesto que, respecto de éste último, únicamente se constata la intención de «favorecer» su ejercicio. Por otro lado, aunque el art. 1 establece como uno de los objetivos principales del Convenio, la garantía de la devolución de los menores desplazados o retenidos ilegalmente..., y asimismo el título hace referencia a la devolución de menores, sin embargo, tampoco hubiera estado de más alguna referencia explícita a la aplicabilidad del Convenio a los supuestos de retenciones ilícitas de menores con ocasión del ejercicio de un derecho de visita.

### b. Falta de claridad

71. Cuando el art. 7 del Convenio establece los requisitos necesarios para considerar ilícito el desplazamiento de un menor, no deja claro si basta con que se cumpla alguno de ellos, o es necesario que concurren todos, y lo mismo pasa cuando el art. 8, prf. 2 determina las circunstancias en que puede denegarse la devolución inmediata del menor, pues tampoco deja claro si para que dicha denegación tenga lugar, es necesario que concurren todos los motivos enunciados o si por el contrario, basta con que se dé alguno de ellos. Tampoco especifica este instrumento internacional si su normativa será aplicable únicamente si el desplazamiento lo realizan los progenitores, o bien, si también es posible acudir a ella cuando los responsables del traslado son otros parientes del menor, circunstancia que no carece de importancia, puesto que, como ya se ha mencionado, la legislación interna marroquí, en muchas ocasiones, condicionará la realización de un traslado de estas características, en detrimento de la potestad *ex lege* de la madre española.

### B. Restricción excesiva del ámbito de aplicación

#### a. Restricción del concepto de traslado ilícito

72. El art. 7 constituye una importante restricción al ámbito de aplicación convencional, puesto que reduce considerablemente el número de supuestos en los que el traslado de un menor puede considerarse ilícito; así, excluye de tal concepto aquellos supuestos en los que el desplazamiento se produzca antes de que sea dictada una resolución sobre la custodia del menor, pese a que posteriormente recaiga tal resolución; además también quedarán fuera del ámbito de aplicación de la normativa convencional aquellos supuestos en los que, por uno u otro motivo, la interposición de la solicitud de devolución tiene lugar una vez transcurrido un tiempo, dando lugar a que el Estado requerido pueda ser considerado como la nueva residen-

cia habitual del menor, puesto que el art. 7 prf. 1 exige que cuando se presentó la solicitud de devolución el menor tuviera la residencia habitual en el territorio del Estado requirente, en vez adoptar, como exigencia para considerar ilícito el traslado, que el menor tuviera su residencia habitual en el Estado requirente en el momento inmediatamente anterior al desplazamiento. Por otro lado, también es necesario que dicha resolución relativa a la custodia haya sido dictada en el Estado requirente, por lo que quedan excluidos del concepto de traslado ilícito aquellos traslados que tengan lugar en contravención de una sentencia dictada en un tercer Estado, por ejemplo, en el supuesto de que los padres del menor residan habitualmente en otro Estado, en el cual se divorcian, estableciendo la sentencia de divorcio las condiciones de ejercicio de los derechos de custodia y visita respecto de los hijos menores; si después la madre española regresa a España, y la sentencia de divorcio es reconocida en su totalidad en nuestro país, en caso de que el padre marroquí se lleve a su hijo a Marruecos, contraviniendo dicha sentencia, no podrá ser considerado ilícito el traslado en virtud del Convenio, y por lo tanto, no será aplicable su normativa.

En cuanto al requisito de que tanto el menor como sus padres tengan en el momento del desplazamiento la nacionalidad del Estado requirente, supone la exclusión del ámbito de aplicación convencional de un gran número de supuestos, pues la mayoría de las veces, el padre y la madre mantienen sus respectivas nacionalidades, siendo casi siempre el padre marroquí quien priva a la madre española de los derechos de custodia sobre sus hijos.

No obstante el excesivo carácter restrictivo del concepto de traslado ilícito previsto por este instrumento internacional, se extraña la ausencia del requisito de que el derecho de custodia lesionado por el traslado se estuviera ejerciendo efectivamente en el momento en que éste se produjo.

#### *b. Restricción a la autonomía de la voluntad*

73. El apartado c) del art. 7, prf. 1 también considera ilícito aquel traslado realizado en contravención de un acuerdo concertado entre los progenitores del menor, pero en vez de exigir que dicho acuerdo sea conforme al Derecho de alguno de los dos Estados, requiere que la autoridad judicial de alguno de ellos lo haya refrendado, limitando así la autonomía de la voluntad de las partes que concluyen el acuerdo, pero, sin embargo, dicha limitación, en el caso que nos ocupa, resulta acertada, puesto que puede constituir una garantía para el interés del menor.

#### *c. Amplitud de las causas de denegación de la devolución*

74. La excesiva amplitud de las causas que permiten denegar la restitución del menor, también limita demasiado la aplicabilidad de las disposiciones convencionales; así cuando el apartado a) del art. 8, prf. 1 permite denegar la restitución del menor cuando éste sea nacional exclusivamente, del Estado requerido y, según la ley interna de dicho Estado, el padre con el que se encuentre sea el único titular de pleno derecho de la patria potestad, tal disposición se configura de manera que favorece casi exclusivamente a la parte marroquí, puesto que la ley interna española en muy contadas ocasiones otorga la patria potestad en exclusiva a uno solo de los progenitores. En cuanto a la segunda causa de denegación de la restitución prevista por el art. 8, prf. 1, es completamente contraria a la disposición establecida en el art. 17 del Convenio de La Haya de 1980, que considera que el sólo hecho de la existencia de una resolución relativa a la custodia del menor en el Estado requerido, o la posibilidad de que dicha resolución sea reconocida en tal Estado, en modo alguno puede constituir un motivo de denegación de la restitución del menor.

Por otro lado, llama la atención que la posibilidad de que la devolución del

menor pueda exponerle a algún peligro físico psíquico o a una situación intolerable (art. 9), únicamente pueda alegarse como causa de denegación de tal devolución si la solicitud de restitución se interpone una vez transcurridos seis meses desde que se produjo el desplazamiento. ¿Acaso es impensable que pueda existir algún peligro para el menor cuando la solicitud de devolución se presenta antes de que hayan pasado seis meses desde que tuvo lugar el desplazamiento?

#### *d. Ausencia de matización en las causas de denegación del reconocimiento y de la ejecución*

75. El apartado c) del art. 11, establece una causa de denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones semejante a la prevista por el art. 9, prf. 1 del Convenio de Luxemburgo, sin embargo, a diferencia de éste, no contempla ninguna excepción; es decir, cuando se considera que no existe la obligación de reconocer o ejecutar una resolución que sea incompatible con otra, relativa a la custodia, y que, con anterioridad al desplazamiento del menor, ya fuera ejecutoria en el Estado requerido, también habría que excepcionar aquellos supuestos en los que el menor, al que se refiere la resolución cuyo reconocimiento o ejecución se pretende, hubiese tenido en el Estado requerente su residencia habitual en el año anterior al desplazamiento.

#### **C. Imprecisión de las disposiciones**

76. Algunas de las disposiciones convencionales resultan un poco imprecisas, como por ejemplo, cuando el art. 4 establece la obligación de las Autoridades Centrales de proporcionar información relativa a la situación del menor, o información sobre la legislación de su Estado relativa a la aplicación del Convenio, no precisa cuales son los contenidos de dicha información, como sí lo hacen otros convenios internacionales en la materia; tampoco el art. 5 especifica claramente el contenido de las funciones encomendadas a la Comisión Mixta Consultiva.

#### **D. Errores de redacción**

77. La redacción del art. 11, dificulta en gran medida su comprensión, puesto que de ella se desprende que las autoridades judiciales del Estado requirente pueden denegar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales que ya son ejecutivas en su territorio, lo cual, carece de sentido; será necesario entender este precepto en el sentido de que determina las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución de una resolución, por parte del Estado *requerido* cuando dicha resolución ya sea ejecutoria en el Estado *requerente*.

#### **E. Dificultades interpretativas**

##### *a. El concepto de emancipación*

78. El art. 2 establece la aplicabilidad del Convenio a los menores de 16 años no emancipados; esta referencia a la emancipación podría dar lugar a dificultades interpretativas, puesto que el contenido de dicha institución no es el mismo en España que en Marruecos, por lo que hubiera sido mejor que el Convenio hubiera hecho referencia a la posibilidad de excluir de su ámbito de aplicación a aquellos menores de 16 años en los que se aprecie el suficiente grado de madurez para decidir el lugar de su residencia.

##### *b. Hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos*

79. Este instrumento internacional no restringe su ámbito de aplicación a los hijos nacidos de una unión matrimonial, sin embargo, ello no supone que sus disposiciones puedan aplicarse a los hijos extramatrimoniales o adoptivos, puesto que, en primer lugar, el Derecho islámico no admite la filiación extramatrimonial, por lo que resulta impensable que los tribunales marroquíes vayan a reconocer una resolución de los tribunales españoles en la que se establezcan los derechos de custodia y visita respecto de un menor nacido de una relación no matrimonial si uno de los pro-

genitores profesa la religión musulmana. En cuanto a la filiación adoptiva, no creará demasiados problemas, puesto que sería muy extraño que una pareja hispano-marroquí llevase a cabo una adopción, teniendo en cuenta que dicha institución no sólo se ignora en las legislaciones de influencia islámica, sino que aparece expresamente prohibida en El Corán.

### *c. Concepto de interés del menor*

80. Otras inconvenientes, bastante difíciles de salvar, vendrán determinados por la distinta interpretación del concepto de «interés del menor», así como del concepto de «peligro», desde el punto de vista de la normativa marroquí y de la española, ya que, por ejemplo, una interpretación basada en la cultura y la sociedad española, puede llevar a considerar contraria al interés del menor y peligrosa para su adecuado desarrollo personal, la aplicación de las estrictas normas impuestas por la religión coránica, que limitan en exceso la libertad del hijo -aún más la de la hija-, atribuyendo al padre todas las prerrogativas sobre su persona; mientras que desde el punto de vista de la cultura musulmana, la normal libertad de la que goza cualquier joven en nuestra sociedad, puede considerarse como el origen de un irreparable daño moral.

### **F. Aciertos**

81. De todas formas, y pese a los numerosos defectos enunciados respecto de este instrumento internacional, también tiene alguna virtud; así, esta normativa convencional considera necesario que el menor conserve sus relaciones con ambos progenitores, independientemente del lugar en que residan éstos, y además, establece los derechos de custodia y visita, como prerrogativas del menor, no de sus padres; asimismo considera que ante un supuesto de traslado ilícito, el interés del menor consiste en que los derechos lesionados se restablezcan con la mayor rapidez posible. Otro punto positivo del Convenio viene dado por la retroactividad de sus

disposiciones respecto del ejercicio del derecho de visita establecido con anterioridad a su entrada en vigor, así como respecto del reconocimiento y ejecución de resoluciones también dictadas antes de que este instrumento internacional entrara en vigor. Lo que no se comprende muy bien es por qué establece la irretroactividad de su normativa respecto de las solicitudes de devolución inmediata, dejando su solución a la Comisión Mixta Consultiva, pues aunque dicha instancia se encargue de tales solicitudes, bien podría haberse establecido la aplicabilidad de las disposiciones convencionales para su solución.

### **G. Conclusión**

82. En conclusión, teniendo en cuenta las numerosas deficiencias que se aprecian con la sola lectura de este instrumento internacional, no creo que constituya el medio más idóneo para resolver los problemas derivados de la sustracción internacional de menores entre nuestro país y Marruecos. La posición marroquí resulta mucho más beneficiada que la española, sobre todo atendiendo al hecho indiscutible de que, en la gran mayoría de los casos, son las madres españolas las que se ven privadas de la custodia de sus hijos por la acción de los padres marroquíes que, previendo la posibilidad de que las autoridades españolas otorguen la custodia a la madre, se llevan a sus hijos a Marruecos antes de que en nuestro país ni tan siquiera se haya entablado un proceso sobre la custodia de esos menores. Realmente resulta asombroso constatar las excesivas concesiones que ha realizado España en la tramitación de este Convenio, cuyas disposiciones no van a contribuir demasiado a mejorar las maltrechas relaciones que, en este ámbito, existen entre ambos países; quizá, únicamente una actuación de la Comisión Mixta Consultiva, basada en la buena fe y que busque el entendimiento entre las partes, pueda llevar a algún tipo de solución, pero, más bien creo que la aplicación de este instrumento internacional va a gozar de una eficacia escasa, sino nula.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- \* I. BARRIÈRE-BROUSSE: "L'enfant et les conventions internationales", Journal de Droit International, 1996, pp. 843-888.
- \* P. DECROUX: "La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire", Journal de Droit International, 1985, pp. 49-101.
- \* C. GONZÁLEZ BEILFUSS: "La aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya por Marruecos y sus consecuencias", Revista Española de Derecho Internacional, 1994, núm. 1, pp. 451-454.
- \* F. MONÉGER: "La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire", Revue Critique de Droit International Privé, 1984, pp. 29-69 y 267-288.
- "La Convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés Franco-Algériens du 21 juin 1988", Journal de Droit International, 1989, pp. 41-62.
- "Les musulmans devant le juge français", Journal de Droit International, 1994, pp. 345-374.

Opini