

COMPETENCIA Y RESTITUCIÓN DEL MENOR. LOS ARTS. 10 Y 11 DEL REGLAMENTO 2201/2003. DERECHO DE VISITA Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

Jacques M. J. Keltjens. *Juez de enlace y Vicepresidente de la Sección de Familia y Juventud del Tribunal de La Haya.*

Introducción

Señoras y señores,

Francisco Javier Forcada Miranda ha tenido la amabilidad de invitarme a pronunciar una conferencia sobre la experiencia de la oficina holandesa del juez de enlace para la protección internacional de menores (*Bureau Liaisonrechter Internationale Kinderbescherming, BLIK*) en lo que respecta a la “competencia en caso de sustracción de menores y la restitución del menor”, artículos 10 y 11 del Reglamento de Bruselas II (bis), al derecho de visita y a la sustracción internacional de menores”.

Permítanme que me presente. Me llamo Jacques Keltjens. Llevo ejerciendo 15 años como juez en el Tribunal de Distrito de La Haya, Holanda. Desde 2004 he estado trabajando como vicepresidente y presidente adjunto de la Sala de Familia de dicho Tribunal y soy uno de los dos jueces de enlace holandeses para la protección internacional de menores.

La Oficina holandesa del juez de enlace para la protección internacional de menores (*BLIK*)

Por decisión de 14 de julio de 2005, el Consejo holandés de asuntos judiciales nombró al presidente y al vicepresidente de la Sala de asuntos de familia del Tribunal de Distrito de La Haya como jueces de enlace. Actualmente estos cargos los desempeñamos la señora Robine de Lange y yo mismo. El nombramiento se efectuó en virtud del artículo 24 de la Ley holandesa de ejecución de la protección internacional de menores¹, en aplicación del

¹Ley de 16 de febrero de 2006, Staatsblad 2006, 123. La ley entró en vigor el 1 de mayo de 2006.

Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores² y del Reglamento Bruselas II (bis)³.

Con el fin de que el juez de enlace pudiera cumplir su cometido, la Sala de Familia del Tribunal de Distrito de La Haya creó la Oficina holandesa del juez de enlace para la protección internacional del menor (en lo sucesivo: *BLIK*). Cinco jueces y cinco funcionarios de la Sala de Familia del Tribunal de Distrito de La Haya se dedican a cumplir sus respectivos cometidos en la *BLIK*. No obstante, los jueces lo hacen a tiempo parcial, dado que también ejercen como jueces de familia en la Sala de asuntos familiares. La *BLIK* inició sus actividades el día 1 de enero de 2006.

Sirve como punto de contacto para los jueces de Holanda que conocen de casos de sustracción de menores, u otro tipo de casos que encierren aspectos relativos a la protección internacional de menores, y quieran ponerse en contacto con algún juez extranjero en relación con dichos casos. Y viceversa: también pueden recurrir a la *BLIK* los jueces extranjeros que quieran ponerse en contacto con un juez holandés. El trabajo que se desempeña en la *BLIK* engloba todas las tareas que se derivan del Reglamento Bruselas II (bis). Los contactos entre los jueces holandeses y sus homólogos extranjeros se efectúan preferiblemente a través del juez de enlace extranjero correspondiente. En caso de que en el Estado extranjero en cuestión no haya juez de enlace, en la *BLIK* intentamos ponernos en contacto con el juez en cuestión a través de las autoridades centrales. Normalmente el contacto se establece por correo electrónico o por teléfono.

¿Cómo nos ponemos en contacto con los jueces de enlace extranjeros y con otros jueces extranjeros? Actualmente existen tres redes internacionales de jueces de enlace: una red internacional que depende de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; una red europea (más reciente) que depende de la Red Judicial Europea, una red de los Estados sudamericanos con la que la *BLIK* pretende colaborar, denominada IbeRed.

Todas las solicitudes de contacto se atienden inmediatamente. El objetivo de la *BLIK* consiste en establecer el contacto en el plazo de una semana y, hasta el momento, se ha conseguido.

Además, para facilitar la puesta en contacto entre los jueces holandeses y sus homólogos en el extranjero, la *BLIK* actúa como centro de asistencia para los jueces

² Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 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 los niños.

³ Reglamento UE nº 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

holandeses. Este centro de asistencia es necesario, dado que además de que los casos de sustracción internacional de menores son escasos y de que es bastante probable que un juez de familia únicamente conozca un caso de este tipo en toda su carrera profesional, es muy complicado dominar la legislación al respecto, especialmente desde la promulgación del Reglamento Bruselas II (bis).

La BLIK ha creado también una página web⁴, a la que únicamente pueden acceder los jueces holandeses. Dicha página web, además de proporcionar información acerca de la BLIK, facilita información profesional relacionada con su ámbito de actuación. En la página web los jueces pueden, por ejemplo, consultar manuales, memorandos y jurisprudencia. Por supuesto, los jueces de enlace extranjeros y las autoridades centrales pueden recurrir a la BLIK y someter solicitudes y preguntas a sus miembros. Una vez al año, la BLIK convoca una reunión de expertos.

Además, hay diez jueces y funcionarios que entienden de casos relativos a la sustracción internacional de menores y de otros casos en los que está en juego la protección internacional de menores, de los que es competente la Sala de Familia del Tribunal de Distrito de La Haya. Dichos casos siempre se sustancian ante un tribunal compuesto por tres jueces, asistidos por uno o dos funcionarios que actúan como secretarios judiciales. Si en la sustanciación de un caso es necesario que la BLIK se ponga en contacto con un juez extranjero, uno de los jueces que no conozca del caso establece el contacto correspondiente como juez de enlace. De este modo, se mantiene la independencia entre las funciones del juez de enlace y las del juez de familia ordinario.

Sustracción internacional de menores: los nuevos retos

Esta conferencia se denomina “La sustracción internacional de menores: los nuevos retos”. Debo admitir que para mí supone un gran reto desempeñar el cargo de juez de enlace. Desde el 1 de marzo de 2005, el Reglamento Bruselas II (bis) es aplicable en todos los Estados miembros de la UE, excepto en Dinamarca. Holanda es un país pequeño, como todos ustedes saben, lo que explica el porqué hasta ahora hemos conocido muy pocos casos de sustracción de menores en los que fueran aplicables los artículos 10 y 11 del Reglamento Bruselas II (bis). Por consiguiente, no disponemos de una vasta experiencia en lo que se refiere a la aplicación de dichas disposiciones. Tampoco sé cuál es el nivel de conocimientos y la experiencia que

⁴ Intro landelijk; enlace: Oficina holandesa de jueces de enlace para la protección internacional de menores (Bureau Liaisonrechter Internationale Kinderbescherming, BLIK).

tienen ustedes al respecto. Así pues, les daré algo de información general sobre el Reglamento Bruselas II (bis) y acerca de cómo funciona en la práctica. Al hacerlo, me limitaré a explicar los aspectos principales de dicho Reglamento. La información sobre el contenido del Reglamento Bruselas II (bis) y sobre el modo en que se aplica se encuentra en la *“Guía Práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II”*. Me centraré en situaciones que se han planteado en casos reales, para cuya resolución se requiere realizar una aclaración de las disposiciones del Reglamento. Dichas disposiciones se refieren a la interpretación de determinados conceptos establecidos en el artículo 10 del Reglamento, como el “titular del derecho de custodia” y “la resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”. Asimismo, expondré las consecuencias prácticas de los distintos procedimientos, y en un orden diferente, previstos, por un lado, en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y, por otro, en el Reglamento Bruselas II (bis).

Por último, finalizaré esta ponencia comunicándoles una nueva iniciativa holandesa con la que se pretende agilizar y mejorar el procedimiento de restitución de menores basado en el Convenio de La Haya de 1980 y en el Reglamento Bruselas II (bis).

El Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II (bis)

El Convenio de La Haya de 1980, al que se encuentran adheridos todos los Estados miembros de la UE, sigue siendo aplicable en caso de que un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente. Dicho Convenio prevé el recurso a un procedimiento de urgencia que permita garantizar la restitución inmediata del menor al Estado de su residencia habitual y la protección del derecho de visita. El Convenio de La Haya de 1980 no versa tanto sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia del derecho de custodia, sino que más bien se trata de un Convenio que regula la asistencia judicial mutua encaminada a restituir los menores a su situación lícita anterior en los casos en los que hayan sido trasladados o retenidos ilícitamente.

El Reglamento Bruselas II (bis) complementa el Convenio de La Haya de 1980 en determinados aspectos, en el ámbito de la UE. El artículo 60 del Reglamento Bruselas II (bis) establece que, en caso de conflicto de leyes, el Reglamento prima frente al Convenio de La

Haya de 1980. La *Guía Práctica*, en sus páginas 32 a 40, proporciona más información al respecto.

Competencia y responsabilidad parental; artículos 8 al 14 del Reglamento Bruselas II (bis)

El Reglamento Bruselas II (bis) proporciona un régimen imparcial para el establecimiento de las competencias de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en materia de responsabilidad parental, con el fin de evitar al máximo las cuestiones de competencia. Las normas de competencia establecidas por el Reglamento en materia de responsabilidad parental se concibieron en función del interés superior del menor y del criterio de proximidad.

El apartado 1 del artículo 8 del Reglamento de Bruselas II (bis) establece la norma principal sobre competencia en materia de responsabilidad parental: se atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor resida habitualmente en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Y esta norma también es aplicable a los asuntos en materia de divorcio y a los asuntos en los que se vean involucradas personas vinculadas por una relación no matrimonial. El concepto de “residencia habitual” se refiere al lugar del domicilio social, al igual que en el Convenio de La Haya de 1980, y debe determinarse en cada caso en concreto.

La excepción del artículo 10 del Reglamento Bruselas II (bis)

El artículo 10 del Reglamento Bruselas II (bis) prevé una excepción a la norma principal de competencia establecida en el apartado 1 del artículo 8 del Reglamento, en caso de “traslado o retención ilícitos de un menor”. La intención de esta disposición consiste en evitar que, en caso de traslado ilícito de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que tuviera la residencia habitual el menor transfirieran la competencia a los órganos jurisdiccionales del nuevo lugar de residencia del menor, impidiendo al padre o madre abandonado presentar ante los órganos jurisdiccionales de su país una denuncia por los derechos de custodia. El artículo 10 del Reglamento Bruselas II (bis) complementa el artículo 16 del Convenio de La Haya, que prohíbe a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o donde esté retenido ilícitamente el menor decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del Convenio de La Haya de 1980 para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud

desde que las autoridades judiciales hayan sido informadas. La *Guía Práctica* analiza el artículo 10 en las páginas 32 y 33.

No obstante, en virtud del artículo 20 del Reglamento de Bruselas II (bis), los órganos jurisdiccionales del otro Estado miembro no tienen prohibido adoptar medidas provisionales o cautelares.

En virtud del artículo 10 del Reglamento Bruselas II (bis), los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos, conservan su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y el titular del derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien el menor haya residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año y esté integrado en su nuevo entorno. En este último caso, también es necesario que se cumpla una de las condiciones previstas en los apartados i a iv de la letra b):

1. que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución; o
2. que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que se haya presentado ninguna nueva demanda; o
3. que se haya archivado una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos; o
4. que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

Artículo 11 del Reglamento Bruselas II (bis)

Además de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980, el artículo 11 del Reglamento Bruselas II (bis) prevé otras normas aplicables en los casos de sustracción de menores. El Convenio no regula los aspectos relativos a la competencia jurisdiccional.

El párrafo 3 del artículo 11 del Reglamento Bruselas II (bis) exige que el órgano jurisdiccional ante el que se interponga una demanda de restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980 dicte su resolución en el plazo de 6 semanas. El Convenio de

La Haya de 1980 “únicamente” establece que las autoridades judiciales deben actuar “con urgencia”. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de la solicitud de restitución del menor, el solicitante tiene derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

El párrafo 4 del artículo 11 del Reglamento Bruselas II (bis) establece una pauta para cualquier juez que contemple la posibilidad de denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b del artículo 13, cuando exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico. El juez no puede denegar la restitución de un menor basándose en este mismo apartado si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. De esta disposición se deriva que el juez debe recabar toda la información necesaria acerca de lo que puede ocurrir tras la posible restitución del menor, antes de tomar una decisión sobre la misma. Obviamente, esto nos impone la obligación de interpretar cuáles son las “medidas adecuadas” para garantizar la protección del menor tras su restitución. Podría argumentarse que sólo los organismos de protección del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual pueden proporcionar dichas garantías.

El Reglamento Bruselas II (bis) recoge también disposiciones acerca de la obligación de conceder audiencia al menor y al solicitante de la restitución del menor (artículo 11, párrafos 2 y 5 respectivamente). El Reglamento Bruselas II (bis) dice que hay que velar por que se dé al menor posibilidad de audiencia, a menos que no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. El Convenio de La Haya de 1980 no dice nada al respecto. No obstante, en la práctica en Holanda, con la voluntad de dar cumplimiento al párrafo 2 del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, damos audiencia a menores de más de 12 años de edad, así como a niños menores de esta edad cuya opinión deba tenerse en cuenta dado su grado de madurez. En Alemania la edad límite está por debajo de los 12 años.

Los párrafos 6 a 8 del artículo 11 del Reglamento Bruselas II (bis) aluden a la posibilidad de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro al que ha sido trasladado un menor deniegue la restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. En este caso, el órgano jurisdiccional debe transmitir “de inmediato” al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia antes de su traslado o retención ilícitos, o bien directamente o bien a través de su autoridad central, una copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista. En la transmisión de estos documentos puede intervenir un juez de enlace de un Estado miembro.

¿Qué documentos deben transmitirse? El texto inglés menciona únicamente los “documentos pertinentes”. No obstante, parece ser que si tenemos en consideración la añadidura de “en particular, una copia de la vista”, la expresión “documentos pertinentes” no engloba todo el expediente judicial. De hecho, si la intención consistía en la transmisión del expediente completo, la añadidura de “en particular, una copia de la vista” sería superflua. La *Guía Práctica* (p. 37) confirma esta premisa, dado que dice lo siguiente: “Corresponde al juez que ha dictado la resolución decidir qué documentos son pertinentes”. Recomendamos transmitir al menos la propia resolución y la copia de la vista ante el tribunal.

Otro problema que se plantea en la práctica a este respecto es la traducción de los documentos que deben transmitirse. El artículo 11.6 del Reglamento Bruselas II (bis) no regula este aspecto. En la *Guía Práctica*, se anima a los jueces a “encontrar una solución pragmática que corresponda a las necesidades y circunstancias de cada caso”. Podría ser que, dependiendo de la legislación procesal nacional, la traducción no fuera necesaria si se transmite el asunto a un juez que comprende la lengua del caso. Por otro lado, quizá sólo resulte necesaria la traducción de los documentos más importantes. Otra posibilidad consistiría en que fueran las autoridades centrales las que proporcionaran una traducción informal de los documentos. Si estas sugerencias no ofrecen una solución factible y no es posible realizar la traducción en el plazo de un mes establecido en el artículo 11.6, según la *Guía Práctica*, los documentos deberán traducirse en el Estado miembro al que se hayan transmitido los documentos. De este texto puede deducirse que la autoridad que ha dictado la resolución judicial de no restitución, debe encargarse de conseguir la traducción de los documentos que deban transmitirse; únicamente en caso de que no sea posible conseguir la traducción en el plazo establecido, puede transmitirse esta obligación al órgano jurisdiccional receptor de los documentos. Es probable que haya casos en los que no sea necesaria la traducción de los documentos, por ejemplo, cuando los jueces extranjeros comprendan la lengua utilizada en el asunto. En otros casos podrían bastar traducciones informales de los principales documentos. En cualquier caso, el artículo 11.6 no exige que sea un traductor jurado quien realice la traducción.

El órgano jurisdiccional extranjero debe recibir los documentos en el plazo de un mes desde la fecha de la resolución judicial de no restitución. A continuación, se preguntará a las partes involucradas si desean que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor, siempre que no exista ya algún procedimiento pendiente. Si las partes deciden hacerlo, tienen que presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional en un plazo de

tres meses a partir de la fecha de la notificación. Si las partes no presentan las alegaciones en dicho plazo, el órgano jurisdiccional de origen declarará archivado el asunto y la resolución judicial de no restitución dictada por el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro será ejecutiva.

A la hora de decidir sobre la cuestión de la custodia del menor, el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual debe tener en cuenta las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución de no restitución. El contacto con el juez que dictó la resolución de no restitución puede establecerse a través del juez de enlace. Si la decisión sobre la custodia del menor implica su restitución al Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual, esta decisión prima frente a la resolución de no restitución previa dictada por el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro. Esta decisión recibe la denominación de resolución revocatoria.

La decisión sobre la custodia del menor tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro al que se ha trasladado el menor sin necesidad de declaración de ejecución. No obstante, aquí se presupone que se cumplen determinados requisitos. El juez de origen debe emitir un certificado a estos efectos (artículo 40, en combinación con el artículo 42 del Reglamento Bruselas II (bis)). Que tenga “fuerza ejecutiva” no significa automáticamente que una resolución pueda tener fuerza ejecutiva en otro Estado miembro; permanecen en vigor los requisitos nacionales previstos en la legislación del Estado miembro en el que la resolución deba ejecutarse (artículo 47 del Reglamento Bruselas II (bis)).

Problemas de aplicación práctica

En los dos casos siguientes se plantearon ciertos problemas que afectaban específicamente a la aplicación práctica de la legislación.

El primer caso versa sobre una pareja cuyos miembros eran de nacionalidad griega y holandesa, casados en 1994. Tuvieron dos hijos fruto del matrimonio. Se divorciaron en el año 2000. Se dictó que las partes ejercieran la responsabilidad parental conjunta sobre los niños. Los niños tenían su residencia principal con la madre en Holanda y el padre tenía derecho de visita. En un momento dado, la madre entabló una relación amorosa con una nueva pareja (también de nacionalidad griega).

En 2006, la madre solicitó al Tribunal de Distrito que modificara la resolución judicial sobre el derecho de visita parental. En respuesta a esta petición, el padre presentó una

solicitud en la que pedía que se prohibiera a la madre y a los niños abandonar el país para ir a Grecia. La Sala de Familia del Tribunal de Distrito abordó ambas solicitudes como un caso conjunto. El día de la vista ante el tribunal, el 19 de junio de 2006, la madre abandonó el país y se fue a Grecia, sin consultarlo previamente con el padre ni obtener su consentimiento, y sin dejar notificación alguna de su nueva dirección. En la vista del 19 de junio de 2006, el padre presentó otra solicitud por la que pedía que sus hijos tuvieran como residencia principal la de él. El 19 de junio de 2006, la Sala de Familia del Tribunal de Distrito falló a favor del padre. La madre recurrió dicha resolución. El 19 de diciembre de 2006, el Tribunal de Apelación ratificó la resolución del Tribunal de Distrito.

En agosto de 2006, a través de la autoridad central, el padre solicitó a las autoridades griegas que dictaran una resolución de restitución. El 1 de marzo de 2007, el juez griego de primera instancia ordenó la restitución de los menores a Holanda. La madre recurrió dicha resolución. En su decisión de 4 de mayo de 2007, el Tribunal de Apelación griego falló en contra de la restitución de los menores. La decisión y la copia de las vistas ante el tribunal se transmitieron al Tribunal de Distrito de La Haya, Holanda, a través de la autoridad central, de acuerdo con el artículo 11.6 del Reglamento Bruselas II (bis), a efectos de que el tribunal holandés iniciara el procedimiento previsto en el artículo 11.7 del Reglamento Bruselas II (bis), el procedimiento de la resolución revocatoria.

El 25 de julio de 2007, el padre presentó una solicitud ante el Tribunal de Distrito de Maastricht en la que pedía la custodia exclusiva de sus hijos. El Tribunal de Distrito hizo constar que, de acuerdo con el artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II (bis), podía dejar sin efecto la resolución del Tribunal de Apelación griego, y dictó una resolución que exigía la restitución de los niños a Holanda. Asimismo, el tribunal hizo constar que dicha situación únicamente se materializaría en caso de que el órgano jurisdiccional decidiera conceder al padre la custodia exclusiva de sus hijos. El Tribunal de Distrito llegó a esta conclusión porque el artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II (bis), relativo a una resolución posterior que ordene la restitución del menor, está inmediatamente precedido por el párrafo 7, que establece que el órgano jurisdiccional puede examinar la cuestión de custodia del menor. El Tribunal de Distrito consideró que en las circunstancias del caso, un cambio en los derechos de custodia no respondía al interés de los menores.

El padre recurrió esta resolución. El Tribunal de Apelación holandés opinaba que el artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II (bis) era aplicable en este caso en concreto. Según el

tribunal, la resolución de no restitución de los menores dictada por el Tribunal de Apelación griego únicamente podía dejarse sin efecto por una resolución posterior que ordenara la restitución de los menores, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento Bruselas II (bis). El Tribunal de Apelación compartía la opinión del Tribunal de Distrito al establecer que en este caso en particular sólo la *resolución que concediera al padre la custodia exclusiva de los hijos* dejaría sin efecto la resolución del Tribunal de Apelación griego. El 19 de junio de 2006, el Tribunal de Distrito holandés ya había decidido que la residencia principal de los menores era la del padre, pero a esta resolución le siguió la resolución de no restitución dictada por el Tribunal de Apelación de Salónica, Grecia, cuya resolución era de carácter provisional. Por consiguiente, únicamente en caso de que el tribunal fallara a favor del padre y le concediera a él la custodia exclusiva de los menores, se podría dictar una resolución definitiva que ordenara la restitución de los menores. Posteriormente, el Tribunal de Apelación holandés ordenó que se llevara a cabo una investigación para analizar si se podían modificar los derechos de custodia.

La decisión me lleva a plantear las siguientes preguntas:

1. ¿Es cierto que sólo una resolución que concediera al padre la custodia exclusiva de los menores podía dejar sin efecto la resolución del Tribunal de Apelación griego? En otras palabras: ¿qué significa exactamente “la cuestión de la custodia del menor” del artículo 11.7? ¿Queda fuera del alcance de “la cuestión de la custodia del menor” la decisión de que los hijos tuvieran su residencia principal con el padre?

El profesor holandés T. De Boer ha hecho constar en documentos de carácter jurídico que “la cuestión de la custodia del menor” del artículo 11.7 se refiere a una resolución que expresa *o implícitamente* ordene la restitución del menor (artículo 40.1 b), en combinación con el artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II (bis)). En una resolución de la Sala de Familia del Tribunal de Distrito de La Haya, con referencia LJN BD 9068, se sostuvo que, de acuerdo con el artículo 11.7 del Reglamento Bruselas II (bis), el órgano jurisdiccional holandés era el competente para decidir sobre las demandas del padre con respecto a la custodia y el lugar de residencia del/de los menor/es, y que la legislación aplicable era la legislación holandesa.

En mi opinión, el Tribunal de Apelación interpretó “la cuestión de la custodia del menor” de un modo demasiado estricto. La voluntad de los párrafos 6, 7 y 8 del artículo 11 consiste en otorgar a una resolución de denegación de la restitución un carácter provisional. La decisión sobre la cuestión de fondo de la residencia habitual del menor

debería dictarse por el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos. Ahora que la responsabilidad parental conjunta está aumentando en Europa, no es lógico interpretar el tenor de los párrafos 6, 7 y 8 del artículo 11 de modo que una resolución revocatoria únicamente pueda ejecutarse en caso de sustituirse la responsabilidad parental conjunta por la custodia exclusiva. Los intereses del menor podrían requerir que su lugar principal de residencia fuera la del padre o madre abandonado/a, al tiempo que también podría redundar en su interés la conservación de la responsabilidad parental conjunta. Debería ser posible que un órgano jurisdiccional que conociera la cuestión de fondo de los derechos de custodia adoptara una resolución en este sentido.

2. La otra pregunta que me viene a la mente es cuál es la importancia que debe atribuirse a la resolución del Tribunal de Distrito de 19 de junio de 2006, que ordenó que la residencia habitual de los menores fuera la de su padre, teniendo en cuenta que a esta decisión le siguió una resolución de no restitución dictada por el órgano jurisdiccional griego. ¿No permitía la resolución holandesa que el padre la declarara ejecutiva en virtud del artículo 28 del Reglamento Bruselas (II) bis? Podría argumentarse que el artículo 23 e) del Reglamento Bruselas II (bis) lo impide, dado que una resolución sobre responsabilidad parental no se reconoce si la resolución es inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro en el que se deba ejecutar. ¿Significa esto que siempre se tiene que dictar una decisión posterior a una resolución de no restitución para que se considere una decisión revocatoria?

Si es así, podría ser recomendable suspender el procedimiento sobre la cuestión de la custodia hasta que se dicte la resolución sobre la restitución del menor en el otro órgano jurisdiccional, aunque esto sólo se podría hacer en caso de que se prevea que se va a dictar dicha resolución en un periodo de tiempo razonable; de lo contrario, es mejor dictar de todos modos una decisión. A este respecto también, me pregunto cómo se enfrentan a este tipo de situaciones los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros⁵.

⁵ En este contexto, véase también el informe de la Comisión Real holandesa sobre Derecho Internacional Privado “Knelpunten bij de uitvoering van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 in Nederland” [Problemas prácticos en relación con la aplicación del Convenio de La Haya de 1980] “La Comisión Real recalca que el Reglamento no recoge ninguna disposición que impida que el padre abandonado obtenga la autorización para declarar ejecutiva una resolución, en lugar de seguir el procedimiento previsto en el Convenio de La Haya de 1980. Del mismo modo, el Convenio de La Haya de 1980 no impide que el padre abandonado invoque otra norma internacional que pueda desembocar en la restitución del menor. Por consiguiente, el solicitante al que se haya concedido un derecho de custodia por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen es libre de optar entre seguir el procedimiento de la resolución de restitución previsto en el Convenio de La Haya de 1980 o seguir el procedimiento de la declaración de fuerza ejecutiva previsto en el Reglamento Bruselas II (bis).

El Tribunal de Distrito de La Haya comprobó recientemente cómo una decisión provisional de un órgano jurisdiccional belga pudo afectar a una resolución sobre la restitución basada en el Convenio de La Haya de 1980. El caso puede servir de ejemplo. En este caso, los padres se casaron en Bélgica en 2004. Su único hijo nació en 2007. Según la legislación belga, ambos padres ejercen la responsabilidad parental sobre sus hijos menores durante el matrimonio. La madre y el menor, con el consentimiento del padre, partieron de vacaciones a Holanda el 6 de julio de 2008. No obstante, no regresaron a Bélgica. Por decisión de 23 de marzo de 2009, el Tribunal de primera instancia de Bélgica estableció que la madre estaba temporalmente autorizada a vivir con el menor en Holanda y declaró que la responsabilidad parental conjunta permanecía inalterada. El 8 de agosto de 2008, el padre presentó una solicitud a través de la autoridad central belga ante el Tribunal de Distrito de La Haya, en la que pedía la restitución del menor. El Tribunal de Distrito de La Haya consideró que la madre había retenido ilícitamente al menor y que no existía razón alguna para denegar la restitución en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. Según el artículo 12.1 del Convenio de La Haya de 1980, el Tribunal de Distrito de La Haya debía ordenar la restitución inmediata del menor, dado que la solicitud del padre se había presentado a través de la autoridad central en el plazo de un año desde que se produjo la retención ilícita. No obstante, el Tribunal de Distrito denegó la restitución porque, según el artículo 21 del Reglamento Bruselas (II) bis, el Tribunal de Distrito de La Haya debía reconocer la decisión, a pesar de ser provisional, del Tribunal belga de primera instancia.

¿Qué opinan ustedes de esta decisión y qué medidas debía tomar el Tribunal holandés?

El artículo 11 del Reglamento Bruselas II (bis) parece haber contemplado la situación ideal: si se deniega la restitución del menor, se puede revocar la decisión. Pero se puede “revocar” antes de que se dicte una resolución de no restitución, en cuyo caso ¿no se han tenido en cuenta para nada los fundamentos previstos para la denegación en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 (véase artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II (bis))? ¿O habría sido mejor que el órgano jurisdiccional belga suspendiera el procedimiento hasta que se pronunciara el órgano jurisdiccional holandés sobre la restitución del menor?

Se puede decir sin temor a equivocarse que estos casos han demostrado lo importante que resulta para los órganos jurisdiccionales y otras autoridades que deban tomar decisiones sobre la sustracción de menores y otros casos conexos, el tener acceso a toda la información pertinente. Las autoridades centrales y/o los jueces de enlace podrían desempeñar un papel esencial a este respecto.

Derecho de visita y sustracción internacional de menores

La cámara baja del Parlamento holandés ha adoptado una proposición no de ley en la que solicita al Gobierno que garantice que, en la medida de lo posible, la adopción de acuerdos sobre el derecho de visita antes de que tenga lugar la restitución del menor.

En respuesta a esta proposición, el Ministro de Justicia holandés ha declarado que, actualmente, la autoridad central de Holanda ya intenta, en la medida de lo posible, asistir a las parejas rotas en la toma de medidas sobre el derecho de visita. Ayuda a los padres a ponerse en contacto con la autoridad central del Estado de la residencia habitual del menor. Dicha autoridad central puede asistir al padre y la madre en la organización o garantización del ejercicio efectivo de sus derechos de visita en ese Estado en concreto. Además, siempre que se puede, la autoridad central de Holanda anima a los padres a llegar a acuerdos sobre los derechos de visita para el momento posterior a la restitución, *antes* de que ésta tenga lugar. Tras la restitución del menor al Estado de su residencia habitual, se puede solicitar ante el órgano jurisdiccional competente que confirme dichos acuerdos o que garantice su cumplimiento.

Comparto la opinión acerca de la importancia de llegar a acuerdos sobre los derechos de visita parentales antes de la restitución del menor. Incluso si no se va a restituir al menor. La pregunta que se plantea, en cualquier caso, es hasta qué punto es posible llegar a un acuerdo sobre los derechos de visita en estos casos. ¿Tiene el órgano jurisdiccional que decide sobre la restitución competencia también para decidir sobre los derechos de visita? Yo creo que esta decisión, en principio, está reservada a los órganos jurisdiccionales del Estado en el que residía el menor antes de su traslado. Si se trata de un traslado ilícito de un Estado miembro, en caso de restitución, conserva la competencia el órgano jurisdiccional de ese Estado miembro de la UE (es decir, el Estado en el que residía el menor); esta afirmación se basa en el artículo 8 del Reglamento Bruselas II (bis), a la vista también del artículo 10 del Reglamento Bruselas II (bis). Y en caso de que no se restituya al menor, también conserva la competencia el órgano jurisdiccional de ese Estado miembro de la UE (es decir, el Estado en el que residía el menor) hasta que dicho menor tenga su residencia habitual en otro Estado miembro de la UE y se cumplan las condiciones previstas en el artículo 10 del Reglamento Bruselas II (bis).

En mi opinión, la situación es diferente cuando las partes llegan a acuerdos sobre los derechos de visita parentales tras la restitución del menor. En ese caso, un órgano

jurisdiccional podría ser competente en virtud del artículo 12.3 del Reglamento Bruselas (II) bis siempre que se cumplieran las siguientes condiciones:

“... cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor tiene la nacionalidad de dicho Estado miembro;

y

cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional, y la competencia responda al interés superior del menor.”

Si el órgano jurisdiccional que resuelva sobre la restitución confirma el acuerdo sobre el derecho de visita, según el Reglamento Bruselas II (bis), debe emitir un certificado *ex officio* si el Estado de origen es un Estado miembro de la UE. Con ello se convierte en ejecutivo el acuerdo sobre los derechos de visita en el otro Estado miembro de la UE sin necesidad de solicitar la adquisición de fuerza ejecutoria.

Proyecto piloto: mediación en casos de sustracción de menores

El Tribunal de Distrito de La Haya / la BLIK está desarrollando actualmente un proyecto piloto para la mediación en los casos de sustracción de menores. En resumen, según este proyecto piloto se celebrarán dos vistas en los casos de sustracción de menores. La primera vista consistirá en un análisis prejudicial (tribunal de juez único). El juez enumerará en la instrucción prejudicial los aspectos objeto de controversia y, entre otros, analizará la posibilidad de mediación. Si en la primera vista no se resuelven las controversias, se celebra una segunda vista ante un tribunal de tres jueces, que, por lo general, dictará una resolución definitiva. Me refiero únicamente a los casos de entrada, es decir, a los casos en los que se sustrae a un menor de un país extranjero para introducirlo en Holanda.

El objetivo de este proyecto piloto consiste en agilizar el proceso de restitución. Actualmente, la autoridad central no somete los asuntos de restitución ante los órganos jurisdiccionales hasta transcurrido prácticamente un año desde el traslado del menor. El periodo de tiempo que invierte la autoridad central en intentar que se llegue a un acuerdo a través de un órgano jurisdiccional puede ser muy dilatado. Eliminando esta obligación de la autoridad central e incorporando la pretensión de llegar a un acuerdo en el procedimiento ante

el órgano jurisdiccional, el proceso será más eficaz y más rápido. Después de todo, ambas partes suelen estar presentes en la vista, lo que facilita la introducción de la mediación. La futura residencia del menor, así como los derechos de visita internacionales, pueden pactarse a través de la mediación.

Tras una mediación fructífera, las partes pueden optar por solicitar al órgano jurisdiccional que incluya un acuerdo conciliatorio en su resolución, o presentar otras solicitudes con respecto a la responsabilidad parental, como la adopción de un acuerdo sobre los derechos de visita. También en este caso se plantea la cuestión de si el órgano jurisdiccional que decide sobre la restitución es también competente para resolver en materia de responsabilidad parental, que abarcaría los acuerdos sobre los derechos de visita. Suponiendo que el traslado es ilícito y que, por lo tanto, el menor tenía su residencia habitual en otro Estado miembro antes de su traslado, podrían darse las siguientes situaciones:

I. Tras una mediación fructífera, las partes acuerdan que el menor permanecerá en Holanda, y se desiste de la demanda de restitución. En caso de que el asunto afecte a Estados miembros de la UE, según mi parecer, en virtud de la primera frase del artículo 10 y sus apartados a) y b) del Reglamento Bruselas II (bis), la competencia ya no recae sobre el órgano jurisdiccional en el que residía el menor antes de su traslado y se puede suponer que aquélla recae sobre el órgano jurisdiccional holandés, de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento Bruselas II (bis). Aquí estoy presumiendo que entretanto, para el momento de la solicitud, el menor ya ha adquirido su residencia habitual en Holanda.

En caso de que el asunto afecte a Estados no miembros de la UE, yo creo que no es aplicable el artículo 10 del Reglamento Bruselas II (bis) y que puede suponerse la competencia del tribunal holandés en virtud del artículo 8 del Reglamento Bruselas II (bis). Aquí también estoy suponiendo que entretanto, para el momento de la solicitud, el menor ya ha adquirido su residencia habitual en Holanda.

II. Tras una mediación fructífera, las partes acuerdan que el menor regresará al Estado en el que residía habitualmente antes de su traslado, y solicitan que el tribunal holandés decida sobre la cuestión de la responsabilidad parental.

En principio, la competencia para resolver sobre la cuestión de responsabilidad parental recae sobre el órgano jurisdiccional del Estado en el que residía el menor antes de su traslado. En caso de que el asunto afecte a algún Estado miembro de la UE, según el artículo 8

del Reglamento Bruselas II (bis) y a la vista del artículo 10 del mismo Reglamento, dicho Estado miembro conserva la competencia. No obstante, sí que creo que el órgano jurisdiccional holandés también puede asumir la competencia en virtud del artículo 12.3 del Reglamento Bruselas II (bis) si se cumplen las condiciones previstas en este artículo.

Proceso pendiente sobre la cuestión de la responsabilidad parental en otro Estado extranjero

Si, tras la mediación fructífera, las partes desean que el órgano jurisdiccional holandés decida sobre la cuestión de la responsabilidad parental, lo más lógico es que desistan de cualquier procedimiento pendiente en otro país referente a la misma cuestión. Este asunto puede plantearse en la vista ante el órgano jurisdiccional.

Conclusión

Aún no se ha llevado a cabo el desarrollo jurídico de la legislación sobre la sustracción de menores y los derechos de visita del Reglamento Bruselas II (bis) y del Convenio de La Haya de 1980. Se pueden plantear otros muchos problemas en la práctica. El reto al que se enfrentan las autoridades centrales y los órganos jurisdiccionales consiste en hallar, en el interés superior del menor, soluciones jurídicamente sólidas y prácticas. Deben evitarse los retrasos innecesarios siempre que sea posible, sin por ello sacrificar la debida diligencia. A este respecto serían bienvenidas cualesquiera nuevas iniciativas encaminadas a conseguir este objetivo. Y, en este sentido, la colaboración judicial en materia de información y comunicación es esencial.

¡Muchas gracias por su atención!