

LA «SUPRESIÓN» DEL EXEQUÁTUR EN EL R 2201/2003*

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 27.12.2010 / Aceptado: 14.01.2011

Resumen: Este estudio se centra en los arts. 11.8 y 42 del Reglamento 2201/2003 que disponen que, aun cuando haya sido dictada una orden de no restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980, un pronunciamiento posterior que implique el retorno del menor debe ser reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución, y sin que pueda impugnarse su reconocimiento. El objetivo del presente artículo consiste en determinar las condiciones que debe reunir la resolución de retorno del menor.

Palabras clave: Reglamento 2201/2003, Convenio de La Haya de 1980, restitución del menor, derecho de custodia.

Abstract: This study is focused on Articles 11(8) and 42 Council Regulation (EC) No 2201/2003, which establish that, notwithstanding a judgment of non-return according to the 1980 Hague Convention, a subsequent judgment which requires the return of the child shall be recognised and enforceable in another Member State without the need for a declaration of enforceability and without any possibility of opposing its recognition. This article is aimed at studying the requirements that must be fulfilled by the resolution which requires the return of the child.

Key words: Council Regulation (EC) No 2201/2003, 1980 Hague Convention, return of the child, rights of custody.

Sumario: I. Introducción. II. Las resoluciones de restitución de menores. 1. El presupuesto previo: la resolución de no restitución dictada en virtud del Convenio de La Haya de 1980. A) Introducción. B) Supuesto de hecho: el traslado o retención ilícitos de un menor. C) Condiciones para dictar en el ámbito comunitario una resolución en virtud del Convenio de La Haya de 1980. a) Audiencia del menor. b) Audiencia de la persona que solicitó la restitución. c) Inaplicabilidad del motivo de denegación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 en caso de adopción de medidas adecuadas de protección del menor. d) Resolución en un plazo general máximo de seis semanas. 2. Condiciones de la resolución de restitución del menor. A) Resolución posterior a una resolución de no restitución. B) Llevar implícito el retorno del menor. C) Ser certificada conforme al art. 42.2 R 2201/2003.

I. Introducción

1. El presente estudio tiene por objeto examinar, ante un caso de sustracción intracomunitaria de menores, qué condiciones deben darse para que una resolución judicial, que implique el retorno del menor al Estado miembro de origen, despliegue efectos en otro Estado miembro sin necesidad de decla-

* Texto de la ponencia presentada en el Seminario de Otoño de Derecho Internacional Privado, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid el 12 de noviembre de 2010, actualizado con recientes pronunciamientos del TJUE.

ración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento, conforme al *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000* (en adelante, R 2201/2003)¹.

2. El art. 42 R 2201/2003 establece que «La restitución de un menor considerada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2»². El mencionado art. 40.1.b) R 2201/2003 se refiere a la restitución de un menor que sea consecuencia de una resolución judicial dictada en virtud del art. 11.8 R 2201/2003.

3. En la Sección 4 del Capítulo III, el R 2201/2003 se refiere a las resoluciones en materia de restitución de menores a las que hemos hecho alusión, así como a las resoluciones en materia de derecho de visita. La doctrina ha apuntado que este mecanismo puede constituir la primera etapa del proceso de supresión del exequátur de todas las decisiones³. El hecho de que las mencionadas resoluciones sean reconocidas y tengan fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución, y sin que pueda impugnarse su reconocimiento, se encuentra justificado, fundamentalmente, en la protección del interés del menor⁴.

II. Las resoluciones de restitución de menores

4. Según hemos mencionado, las resoluciones de restitución de menores objeto de nuestro estudio son las dictadas en virtud del art. 11.8 R 2201/2003. Dicho precepto dispone que «Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor».

Por lo tanto, es preciso que se den las siguientes condiciones: a) en primer lugar, que se haya dictado una resolución de no restitución en virtud del *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980* (en adelante, Convenio de La Haya de 1980)⁵; b) en segundo lugar que, con posterioridad, se haya dictado un resolución judicial que ordene la restitución del menor. Comenzaremos examinando el presupuesto previo, es decir, la resolución en la que, en virtud del Convenio de La Haya de 1980, se deniega el retorno del menor, para luego centrarnos en la resolución que es realmente objeto de nuestro estudio, es decir, la resolución posterior que será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de

¹ DOCE núm. L 338, de 23 diciembre 2003, pp. 1 y ss., modificado por el Reglamento (CE) núm. 2116/2004 del Consejo de 2 diciembre de 2004 (DOCE núm. L 367, de 14 diciembre 2004); vid. versión consolidada en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R2201:20050301:ES:PDF>

² Vid. H. AGUILAR GRIEDER, «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), pp. 321-322. Con respecto a la supresión del exequátur en la Unión Europea, vid. F. PAULINO PEREIRA, «La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne: bilan et perspectives», *RCDIP*, 2010, vol. 99, núm. 1, pp. 18 y ss.

³ Vid. A. DEVERS, «Les enlèvements d'enfants et le Règlement «Bruxelles II bis», en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 46.

⁴ Vid. B. ANCEL / H. MUIR WATT, «L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis», *RCDIP*, 2005, vol. 94, núm. 4, octubre-diciembre, pp. 569-605; I. REIG FABADO, «Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980», en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, 2008, pp. 219-242.

⁵ *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*, ratificado por Instrumento de 28 mayo 1987 (BOE núm. 202, de 24 agosto 1987, pp. 26099; rect. BOE núm. 155, de 30 junio 1989; BOE núm. 21, de 24 enero 1996, p. 2144).

ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento. Por ello, cabe distinguir entre los preceptos del R 2201/2003 que regulan el procedimiento sustanciado ante los tribunales del Estado miembro requerido para decidir sobre el retorno del menor; y las normas cuya aplicación procede en caso de que el procedimiento mencionado finalice con una decisión de no retorno del menor al Estado miembro requirente⁶.

1. El presupuesto previo: la resolución de no restitución dictada en virtud del Convenio de La Haya de 1980

A) Introducción

5. Para regular la sustracción intracomunitaria de menores, el R 2201/2003 sigue la *tesis de la alteración del Convenio de La Haya de 1980*⁷. Podía haber sido diseñada una regulación comunitaria específica para lograr el retorno de los menores sustraídos a su Estado miembro de origen, o reforzar los mecanismos entre los Estados comunitarios, tomando como base el Convenio de La Haya de 1980⁸.

6. Así, en un caso de sustracción intracomunitaria de menores, el Convenio de La Haya de 1980 será aplicado con las correcciones que al mismo realiza el R 2201/2003. Por ello se ha dicho que el Convenio de La Haya de 1980 ha sido *comunitarizado*⁹.

B) Supuesto de hecho: el traslado o retención ilícitos de un menor

7. Ante la ausencia en el Reglamento 2201/2003 de una definición de «menor», la doctrina ha planteado diversas tesis, como sostener una interpretación autónoma del Reglamento, según la cual se consideraría menor al que no ha alcanzado la edad de dieciocho años; remitir a la legislación de los Estados miembros; o emplear el concepto de menor del Convenio de La Haya de 1980¹⁰. Como el Reglamento toma como base el Convenio de La Haya de 1980, nos inclinamos por mantener el concepto de menor de dicho Convenio ya que, como apunta la doctrina que sostiene esta interpretación, esta solución permite evitar las incoherencias que conllevaría emplear un concepto de menor más amplio que el del Convenio¹¹.

⁶ Vid. R. BARATTA, «Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia», en P. PICONE (ed.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padua, 2004, p. 179.

⁷ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 308.

⁸ Vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 231.

⁹ Vid. M. TENREIRO, «L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille. Le nouveau Règlement «Bruxelles II», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 26.

¹⁰ Con respecto a la falta de precisión de una edad máxima del menor en el R 2201/2003, vid., entre otros, R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, pp. 116-119; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 28-33. Sobre la remisión a la legislación de los Estados miembros con carácter general en materia de responsabilidad parental, vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 10. Sobre el empleo del concepto de menor del Convenio de La Haya de 1980, vid. A. DEVERS, «Les enlèvements d'enfants et le Règlement «Bruxelles II bis», en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, pp. 35-36; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 158-159; P. MAESTRE CASAS, «Sustracción y restitución internacional de menores», en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Madrid, 2009, p. 511; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003», en A. QUIÑONES ESCÁMEZ / P. ORTUÑO MUÑOZ / F. CALVO BABÍO (coords.), *Crisis matrimoniales: protección del menor en el marco europeo (Jornadas de Cooperación Judicial Europea, celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre 2004)*, Madrid, 2005, p. 106; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 196. Se ha apuntado que es esencial un pronunciamiento del Tribunal de Justicia con respecto a esta cuestión (vid. C. NOURISSAT, «Le règlement «Bruxelles II bis»: conditions générales d'application», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 5).

¹¹ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 159; A. DEVERS, «Les enlèvements d'enfants et le Règlement «Bruxelles II bis», en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 36.

8. El R 2201/2003 sí define en cambio el concepto de *traslado o retención ilícitos*, concepto que es tomado del Convenio de La Haya de 1980¹². En el art. 2, apartado 11, se considera que se produce un traslado o retención ilícitos cuando: «a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor». Cabe señalar que existen cuatro condiciones para apreciar la ilicitud de un traslado o retención: a) El traslado o la retención ha de suponer una infracción de un derecho de custodia; b) Tal derecho de custodia debía ejercerse de manera efectiva; c) El menor tenía su residencia habitual en un Estado miembro con anterioridad al traslado o retención ilícitos; d) El menor se encuentra en un Estado miembro distinto al de su residencia habitual como consecuencia del traslado o retención¹³.

9. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció sobre la primera condición, en una cuestión prejudicial planteada con motivo del traslado a Inglaterra de una mujer con los tres hijos que tenía en común con un varón de nacionalidad irlandesa¹⁴.

Tras una relación no matrimonial que duró unos diez años, fruto de la cual nacieron los menores mencionados, la madre se trasladó en diversas ocasiones con los menores a una casa de acogida, alejando un comportamiento agresivo de su pareja. En abril de 2009 tuvo lugar una reconciliación de la pareja, que planificó contraer matrimonio en octubre de ese mismo año. El 11 de julio de 2009, el padre de los menores descubrió al llegar al domicilio familiar que su pareja e hijos habían regresado a la casa de acogida.

El 15 de julio de 2009, el padre toma la decisión de interponer una demanda ante los tribunales irlandeses para solicitar la custodia de los menores. Días después, el 25 de julio, la madre y los menores se trasladan a Inglaterra. Como la demanda mencionada no había sido notificada a la madre, en virtud del Derecho irlandés se consideró que no se había llevado a cabo un adecuado ejercicio de la acción, de tal manera que los tribunales irlandeses no conocían del litigio.

El padre acudió entonces a los tribunales ingleses para solicitar la restitución de los menores, en virtud del R 2201/2003. En un auto de 20 de noviembre de 2009, los tribunales ingleses hicieron uso de la previsión del art. 15 del Convenio de La Haya de 1980, de tal manera que requirieron que el padre aportase una decisión o certificación en virtud de la cual fuera declarado ilícito el traslado por los tribunales irlandeses¹⁵.

¹² Vid. A. DEVERS, «Les enlèvements d'enfants et le Règlement «Bruxelles II bis», en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 35; P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, pp. 101 y ss.

Art. 3 Convenio de La Haya de 1980: «El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado».

¹³ Para un análisis de las mencionadas condiciones, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 34-48.

¹⁴ STJUE 5 octubre 2010, asunto C-400/10 PPU, *J. McB. v. L.E.*

¹⁵ Art. 15 Convenio de La Haya de 1980: «Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante, antes de expedir una orden para la restitución del menor podrán exigir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acrediten que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que pueda obtenerse en dicho Estado esa decisión o certificación.

Las Autoridades centrales de los Estados Contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia a los demandantes para que obtengan una decisión o certificación de esa clase».

Por ello, el padre acudió a continuación a los tribunales irlandeses, quienes, con fecha 28 de abril de 2010, negaron la ilicitud del traslado, con base en que el padre no era titular del derecho de custodia de los menores cuando se produjo el traslado en cuestión. Tal decisión fue recurrida por el padre, momento en que se planteó la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

La cuestión consiste en determinar si, teniendo en cuenta que el R 2201/2003, en su art. 2, apartado 11, define el traslado o retención ilícitos como infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; es incompatible con el Reglamento el Derecho de un Estado miembro que supedita la adquisición del derecho de custodia del padre no casado con la madre, a la obtención de una resolución del tribunal nacional competente.

Tras señalar el Tribunal de Justicia que el R 2201/2003 contempla un concepto autónomo de «derechos de custodia», precisa que no se establece quién es el sujeto que debe tener tal derecho, con base en el cual cabe calificar como ilícito un traslado¹⁶. Sin embargo, en el art. 2, apartado 11, el Reglamento se remite a «la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos», de tal manera que tal legislación es la que dispone los requisitos para que un padre biológico sea titular de derechos de custodia¹⁷.

Por lo tanto, como primera conclusión, afirma el Tribunal de Justicia que, a los efectos del R 2201/2003, la ilicitud del traslado de un menor «depende exclusivamente de la existencia de un derecho de custodia, conferido por el ordenamiento jurídico nacional aplicable, en violación del cual tuvo lugar dicho traslado»¹⁸.

Una segunda cuestión que se suscita es si en el caso concreto tal conclusión es compatible con el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, dado que la Ley irlandesa atribuye de oficio a la madre el derecho de custodia, mientras que dispone que el padre biológico no es titular de tal derecho salvo en el supuesto de que le sea otorgado por un acuerdo de los progenitores o por resolución judicial.

Con base, a su vez, en pronunciamientos previos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos¹⁹, señala el Tribunal de Justicia que el derecho a la vida privada y familiar no se ve afectado en su contenido esencial por el hecho de que el padre no goce automáticamente del derecho de custodia conforme al Derecho irlandés, mientras que ello sí ocurre con respecto a la madre; si bien la legislación del Estado miembro debe permitir al padre dirigirse al tribunal nacional competente, antes del traslado, para solicitar el derecho de custodia²⁰.

Las conclusiones expuestas no se ven afectadas por la circunstancia de que, no habiendo llevado el padre a cabo las actuaciones para lograr el derecho de custodia en el momento oportuno, no pueda lograr la restitución del menor, dado que el traslado supuso el lícito ejercicio por parte de la madre de su derecho a la libre circulación y a determinar el lugar de residencia del menor²¹. Por ello, no se admite que se pueda reconocer al padre un derecho de custodia, a los efectos del art. 2, apartado 11 del Reglamento, cuando no se lo otorga el Derecho nacional²².

Por último, se señala que el art. 7 de la Carta debe relacionarse con las previsiones del art 24 de la citada norma, que obligan a tener en cuenta el interés superior del menor y su derecho fundamental a mantener contacto con ambos progenitores²³. El Tribunal de Justicia entiende que la diversidad de relaciones que puede existir entre los progenitores, así como entre éstos y sus hijos, se traduce en un reconocimiento diferenciado de la extensión y reparto de responsabilidades parentales en los diferentes

¹⁶ STJUE 5 octubre 2010, asunto C-400/10 PPU, *J. McB. v. L.E.*, apartados 41, 42 y 43.

¹⁷ *Ibidem*, apartado 43.

¹⁸ *Ibidem*, apartado 45.

¹⁹ Vid., entre otras, STEDH de 3 diciembre 2009, *Zaunegger c. Alemania*, JUR 2009\473440.

²⁰ STJUE 5 octubre 2010, asunto C-400/10 PPU, *J. McB. v. L.E.*, apartados 54 a 57.

²¹ *Ibidem*, apartado 58.

²² *Ibidem*, apartado 59.

²³ *Ibidem*, apartado 60.

Estados miembros²⁴. Por ello, considera que el art. 24 de la Carta no es incompatible con supeditar el derecho de custodia del padre a una resolución judicial. Así, tal requisito permite al tribunal competente tomar en consideración todos los datos pertinentes para decidir al respecto, y esa toma en consideración permite proteger el interés del menor al que se refiere el art. 24 de la Carta²⁵.

10. Sobre las condiciones mencionadas en tercer y cuarto lugar, cabe referirse a un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010²⁶.

El caso se refiere a una menor de nacionalidad francesa, nacida en agosto de 2009 en el seno de una pareja no casada, constituida por un varón de nacionalidad británica y una mujer de nacionalidad francesa.

Los progenitores se separan a la semana siguiente del nacimiento de la menor y, cuando la menor tiene dos meses, ésta es trasladada por su madre desde Inglaterra a Isla Reunión (Francia), el 7 de octubre de 2009. El padre de la menor no es informado del traslado hasta el 10 de octubre mediante correspondencia.

El padre ejercita una acción por teléfono ante los tribunales ingleses, cuya resolución ordena realizar averiguaciones sobre el paradero de la menor y fija una vista para el 12 de octubre de 2009. Tal día, los tribunales ingleses dictan una resolución en la que se ordena a la madre de la menor que regrese a Inglaterra, si bien no se exige la entrega de la misma al padre ni el contacto con él, lo cual se señala que será decidido con posterioridad.

Durante los meses siguientes se sustancian procedimientos en paralelo ante los tribunales ingleses y franceses.

El 18 de diciembre de 2009, el padre ejercita ante los tribunales franceses una acción de restitución de la menor conforme al Convenio de La Haya de 1980, demanda que es desestimada con fecha de 15 de marzo de 2010, al carecer el padre de derechos de custodia en el momento del traslado.

En abril de 2010, las actuaciones continúan ante los tribunales ingleses, quienes basan su competencia judicial internacional en la residencia habitual de la menor en Inglaterra. Por su parte, la madre considera que dichos tribunales carecen de competencia judicial internacional al tener la menor su residencia habitual en Francia desde su traslado a Isla Reunión. Los tribunales ingleses afirman que, desde la llamada telefónica del padre, son ellos titulares de un derecho de custodia sobre la menor, como también lo es el padre; y que la residencia habitual de la menor continúa fijada en Inglaterra.

El 23 de junio de 2010, en el marco de un procedimiento relativo a la responsabilidad parental, los tribunales franceses atribuyen la responsabilidad parental exclusiva a la madre en una sentencia carente de firmeza.

Se consulta al Tribunal de Justicia cuál es el concepto de residencia habitual en el ámbito de los arts. 8 y 10 del R 2201/2003. Señala el Tribunal que, ante la ausencia de una definición en el Reglamento, del adjetivo «habitual», «sólo puede inferirse cierta estabilidad o regularidad de la residencia»²⁷. Con base, a su vez, en su Sentencia de 2 de abril de 2009, el Tribunal recuerda que debe considerarse como residencia el lugar donde el menor tiene una cierta integración en un entorno social y familiar²⁸.

Si bien señala el Tribunal de Justicia que debe tratarse de una residencia de cierta duración para que revele una estabilidad suficiente, recuerda al respecto que no se exige en el R 2201/2003 una duración mínima, por lo que la duración sólo es un indicio, debiendo valorarse la estabilidad de la residencia a la luz de todas las circunstancias del caso²⁹. Afirma además el Tribunal que «importa ante todo

²⁴ *Ibidem*, apartado 62.

²⁵ *Ibidem*, apartado 62.

²⁶ STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, *B. Mercredi y. R. Chaffe*.

²⁷ *Ibidem*, apartado 44.

²⁸ *Ibidem*, apartado 44. Se refiera a la STJCE 2 abril 2009, asunto C-523/07, «A», *Rec.* 2009, p. I-02805. Sobre esta Sentencia, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, p. 38 y pp. 45 y ss.; C. CAMPIGLIO, «Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) N° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 2 (octubre 2010), p. 244.

²⁹ STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, *B. Mercredi y. R. Chaffe*, apartado 51.

la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable»³⁰.

Como el entorno social y familiar del menor se compone de diversos factores, apunta el Tribunal de Justicia que éstos varían según la edad del menor, debiendo establecerse diferencias entre lactantes, menores en edad escolar, o que han finalizado sus estudios³¹.

En el caso de menores de corta edad, se considera que su entorno es esencialmente familiar, «determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive el menor, que lo guardan efectivamente y cuidan de él»³². Al tratarse de un lactante, concluye el Tribunal de Justicia que su residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración en un entorno social y familiar y que, al encontrarse con su madre, hay que valorar la integración de ésta en su entorno³³. Así, deben tenerse en cuenta, en especial, los siguientes factores: por un lado, duración, regularidad, condiciones y razones del traslado y estancia en el Estado miembro; por otro, debido en particular a la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el Estado miembro³⁴.

C) Condiciones para dictar en el ámbito comunitario una resolución en virtud del Convenio de La Haya de 1980

11. Cuando un menor ha sido objeto de una sustracción intracomunitaria, cabe solicitar su restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980, si bien aplicando las reglas puntuales que el R 2201/2003 contempla en los apartados 2 a 8 de su art. 11³⁵. Las condiciones que el R 2201/2003 contempla con respecto al procedimiento para solicitar la restitución de un menor que ha sido objeto de sustracción intracomunitaria son las siguientes: a) Audiencia del menor; b) Audiencia de la persona que solicitó la restitución; c) Inaplicabilidad del motivo de denegación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 en caso de adopción de medidas adecuadas de protección del menor; d) Resolución en un plazo general máximo de seis semanas.

a) Audiencia del menor

12. Según dispone el art. 11.2 R 2201/2003, debe velarse porque se dé al menor la posibilidad de audiencia durante el procedimiento en el que, con base en los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se decide si procede su restitución, a menos que no se considere conveniente por su edad o grado de madurez³⁶. En el Convenio de La Haya de 1980, la oposición del menor se configura como uno de los motivos que, en virtud de su art. 13, permiten denegar la restitución del menor³⁷.

El R 2201/2003 precisa en su Considerando decimonoveno que «La audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento, sin que éste tenga por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia». Cabe así afirmar que será el Derecho del Estado miembro correspondiente el que concrete, en caso de que proceda dar audiencia al menor, cuál es la autoridad ante la que la misma debe llevarse a cabo³⁸. En la *Guía Práctica* se dispone que debe ser

³⁰ *Ibidem*, apartado 51.

³¹ *Ibidem*, apartado 53.

³² *Ibidem*, apartado 54.

³³ *Ibidem*, apartados 55 y 56.

³⁴ *Ibidem*, apartado 56.

³⁵ Vid. A. DEVERS, «Les enlèvements d'enfants et le Règlement «Bruxelles II bis», en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 40.

³⁶ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 53.

³⁷ Vid. P. MAESTRE CASAS, «Sustracción y restitución internacional de menores», en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Madrid, 2009, p. 528.

³⁸ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 53. Vid. A. GOUTTENNOIRE, «L'audition de l'enfant dans le règlement «Bruxelles II bis», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 206; que señala que no es necesario que la autoridad ante la que tenga lugar la audiencia del menor sea concretamente el tribunal.

objeto de una interpretación restrictiva la posibilidad de no darle audiencia, con base en su edad o grado de madurez³⁹. Por ello, la doctrina afirma que, en caso de que el tribunal del Estado miembro requerido no considere procedente en el supuesto concreto dar audiencia al menor, debe motivar su decisión⁴⁰.

b) Audiencia de la persona que solicitó la restitución

13. El art. 11.5 R 2201/2003 dispone que «Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución»⁴¹. Se considera que el R 2201/2003 contempla el derecho a ser oída la petición del demandante por el tribunal, no sólo su derecho a que la Autoridad Central lo represente⁴².

Parte de la doctrina afirma que la previsión del art. 11.5 R 2201/2003 responde a la necesidad de respetar los principios fundamentales de ciertos Estados miembros, garantizando así que no se planteen problemas para que la resolución despliegue efectos en tales Estados miembros con base en la excepción de orden público internacional⁴³.

c) Inaplicabilidad del motivo de denegación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 en caso de adopción de medidas adecuadas de protección del menor

14. El R 2201/2003 sólo contempla una corrección al Convenio de La Haya de 1980 en lo que respecta a los motivos que permiten denegar el retorno del menor al Estado miembro de origen. Por lo tanto, los motivos que prevé tal Convenio continúan siendo de aplicación⁴⁴.

En su Considerando vigésimo, el R 2201/2003 dispone que «La audiencia de un menor en otro Estado miembro puede realizarse por los procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) no 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil». Vid. R 1206/2001 en *DOCE* núm. L 174, de 27 junio 2001, pp. 1-24; modificado por R 1103/2008, del Parlamento europeo y del Consejo de 22 octubre 2008, *DOCE* núm. L 304, de 14 noviembre 2008, p. 80 y ss. Vid. versión consolidada en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R1206:20081204:ES:PDF>

Con respecto al Reglamento mencionado, vid., entre otros, M. D. ADAM MUÑOZ, «El Reglamento 1206/2001 de 28 de mayo de 2001 del Consejo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil», en *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea. Actas de Seminarios*, Sevilla, 2005, pp. 121-137; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 68-70; COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 41; M. P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, 2003, pp. 49 y ss.; F. J. MARTÍN MAZUELOS, «Problemas de lengua y traducción en los Reglamentos 1348/2000 y 1206/2001», en *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea. Actas de Seminarios*, Sevilla, 2005, pp. 151-154; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 215.

³⁹ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 53; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, pp. 308-309.

⁴⁰ Vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 238.

⁴¹ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 41. Al igual que en el caso de la audiencia del menor, cabe emplear los mecanismos del R 1206/2001, por lo que nos remitimos a la bibliografía al respecto citada.

⁴² Vid. A. DEVERS, «Les enlèvements d'enfants et le Règlement «Bruxelles II bis», en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 44.

⁴³ Vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 235.

⁴⁴ Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 113; R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, pp. 144-146. Con respecto a los motivos de denegación que contemplaba en cambio la *Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) n° 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) n° 44/2001 en materia de alimentos*, presentada por la Comisión, de 17 mayo 2002, COM (2002) 222 final/2; vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 159.

15. Si ha transcurrido menos de un año entre el traslado –o, en el caso de retención ilícita, desde que se supera el período de tiempo durante el que el sujeto que protagoniza la retención ilícita tenía asignado al menor– y la presentación de la solicitud de restitución, cabe alegar los siguientes motivos de denegación del retorno⁴⁵: a) El derecho de custodia no era ejercido de forma efectiva por el titular o éste había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; b) Grave riesgo de exposición del menor a un daño físico, psíquico o situación intolerable; c) Oposición del menor a la restitución; d) Incompatibilidad con los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁴⁶.

Si ha transcurrido más de un año entre el traslado o retención ilícitos y la presentación de la solicitud de restitución, a los motivos de denegación del retorno que acabamos de mencionar se une el contemplado en el art. 12, apartado segundo, del Convenio de La Haya de 1980, que consiste en que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio⁴⁷.

16. Vamos a centrarnos en el motivo de denegación de grave riesgo de exposición del menor a un daño físico, psíquico o situación intolerable (art. 13.b) Convenio de La Haya de 1980), debido a las novedades que al respecto contempla el R 2201/2003⁴⁸.

17. El art. 11.4 R 2201/2003 dispone que «Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución». Por lo tanto, el art. 11.4 R 2201/2003 constituye una excepción al art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980⁴⁹. Se le pone freno al mencionado precepto en virtud del principio de confianza legítima⁵⁰. Por lo tanto, se restringe la operatividad de tal precepto⁵¹. Parte de la doctrina considera que las medidas a las que se refiere el artículo no sólo deberían haberse exigido en el ámbito del mismo, sino con carácter general⁵².

El precepto exige la adopción de medidas de protección concretas –entendidas como una protección jurídica, psicológica y material–, de tal manera que no basta la existencia en el Estado miembro

⁴⁵ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 301.

⁴⁶ Con respecto a los distintos motivos de denegación del retorno del menor, vid., entre otros, P. R. BEAUMONT, «The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *RCADI*, vol. 335, 2008, pp. 19-103; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tomo II, Parte especial, París, 2007, p. 189; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, pp. 301-305; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, en especial, pp. 87-95, pp. 103-112 y pp. 159-164; P. MAESTRE CASAS, «Sustracción y restitución internacional de menores», en E. LLAMAS POMBO (COORD.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Madrid, 2009, pp. 524-525; P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, pp. 169-208.

⁴⁷ Vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, pp. 305 y ss.; R. ESPINOSA CALABUIG, «Sustracción de menores y eliminación del exequátur en el Reglamento 2201/2003», en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, 2008, p. 271; *Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, elaborado por E. PÉREZ VERA, § 108 (Vid. texto del informe en <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf>); A. SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milán, 1995, p. 82.

⁴⁸ Con respecto al empleo del término «daño» en lugar de «peligro», vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, pp. 302-305.

⁴⁹ Vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 235.

⁵⁰ Vid. A. DEVERS, «Les enlèvements d'enfants et le Règlement «Bruxelles II bis», en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 44.

⁵¹ Vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 234.

⁵² Vid., entre otros, J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 201.

de origen de procedimientos de protección del menor en un plano teórico⁵³. Con respecto al seguimiento que las autoridades deberán hacer al menor que regresa al Estado miembro de origen, la doctrina plantea que, si bien puede ser protegido uno de los intereses del menor, como es su integridad física o psíquica, puede no verse protegido su equilibrio emocional, dado el constante control que las autoridades tendrán que ejercer sobre el menor⁵⁴.

18. Por lo tanto, con la previsión del art. 11.4 R 2201/2003, se introducen en el mismo los *undertakings* o *engagements*⁵⁵. El Reglamento 2201/2003 impone así la obligación de valorar la adopción de medidas de protección por el Estado miembro de origen, aspecto que ya venía siendo tomado en cuenta por ciertos tribunales cuando, en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, se aplicaba el art. 13.b)⁵⁶. El objetivo es llevar a cabo la denominada «restitución sin peligro»⁵⁷.

19. El motivo de denegación del retorno que el sujeto que se opone a la restitución debe acreditar, continúa siendo que el menor se vería expuesto a un daño físico, psíquico o situación intolerable; de tal manera que no cabe que alegue la inexistencia de medidas protectoras en el Estado miembro de origen, como motivo de denegación del retorno⁵⁸.

20. La corrección que el art. 11.4 R 2201/2003 hace al Convenio de La Haya de 1980 precisa la cooperación entre autoridades⁵⁹. Parte de la doctrina ha apuntado al respecto que la previsión del art. 11.4 R 2201/2003 se encuadra en una «lógica de cooperación reforzada»⁶⁰. La regla general en el ámbito del R 2201/2003 es que, en caso de sustracción intracomunitaria de un menor, la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental corresponde a los tribunales del Estado miembro de origen⁶¹. Al igual que mantienen tal competencia, son competentes para adoptar las medidas de protección que sean precisas para que el menor se vea protegido una vez que su retorno al Estado miembro de origen ha tenido lugar⁶².

⁵³ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 40; H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 234.

⁵⁴ Vid. P. MAESTRE CASAS, «Sustracción y restitución internacional de menores», en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Madrid, 2009, p. 530.

⁵⁵ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 160 y pp. 87-95.

⁵⁶ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 304.

⁵⁷ Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, «International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation», *R. G. D.*, núm. 34, 2004, pp. 354-355. Por lo que se refiere al período posterior al retorno del menor en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «International Child Abduction in Spain», *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 15, 2001, pp. 340-342.

⁵⁸ Vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 235.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 235. En materia de comunicación directa entre tribunales, vid. S. ARMSTRONG, «L'articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 117; así como «Mecanismos prácticos para facilitar las comunicaciones judiciales internacionales directas en el contexto del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», Informe preliminar preparado por PHILIPPE LORTIE, Documento preliminar No 6 de agosto de 2002, en <http://www.hcch.net>.

⁶⁰ Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003», en A. QUIÑONES ESCÁMEZ / P. ORTUÑO MUÑOZ / F. CALVO BABÍO (coords.), *Crisis matrimoniales: protección del menor en el marco europeo (Jornadas de Cooperación Judicial Europea, celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre 2004)*, Madrid, 2005, p. 128.

⁶¹ Con respecto a las excepciones a esta regla, vid. el art. 10 R 2201/2003. Vid. también C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 102-112, así como la bibliografía allí citada.

⁶² Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003», en A. QUIÑONES ESCÁMEZ / P. ORTUÑO MUÑOZ / F. CALVO BABÍO (coords.), *Crisis matrimoniales: protección del menor en el marco europeo (Jornadas de Cooperación Judicial Europea, celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre 2004)*, Madrid, 2005, p. 128.

Otro sector doctrinal observa en cambio en la previsión en cuestión cierta desconfianza en las autoridades y en el sistema de protección del Estado miembro de origen, entendiéndose que el retorno del menor a dicho Estado sólo se produce habiendo sido previamente demostrado que las autoridades del mismo han adoptado las medidas correctas⁶³.

Consideramos que la valoración que podemos hacer de la previsión del art. 11.4 R 2201/2003 depende de si se parte de una comparación con el art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 o si se lleva a cabo aquélla en un ámbito comunitario⁶⁴.

- a) En el primer caso, la conclusión es que se ha avanzado en la confianza comunitaria: mientras que una aplicación en sentido estricto del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 llevaría a denegar la restitución del menor; la adopción de las medidas de protección permite que aquélla se lleve a cabo⁶⁵. Así, el principio de confianza comunitaria y la protección del interés del menor implican que no cabe recurrir al art. 13b) cuando son adoptadas medidas para protegerlo tras su retorno⁶⁶.
- b) En el segundo, el avance en la confianza comunitaria habría sido mucho mayor si se hubiera optado por impedir la operatividad del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980, entendiéndose que no existen casos de grave riesgo físico, psíquico o situación intolerable porque se da por supuesto que las autoridades del Estado miembro de origen se encargarán de garantizar la protección del menor⁶⁷.

d) Resolución en un plazo general máximo de seis semanas

21. En su art. 11.3, el Reglamento dispone que «El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor... actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda»⁶⁸.

⁶³ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 141-142.

⁶⁴ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 78-79.

⁶⁵ Debemos resaltar el «sentido estricto» al que nos referimos ya que, como hemos señalado, existen ejemplos en los que se ha dado protagonismo a los *undertakings* en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 (vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 304. Vid., entre otras, CA Versailles, 20 junio 2006, No 354, HC/E/FR 949; 5Ob17/08y, Oberster Gerichtshof, 1 abril 2008, HC/E/AT 981).

⁶⁶ Vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 234; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental [Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003]», *InDret*, noviembre 2004, núm. 250, p. 13.

⁶⁷ Como el art. 11.4 R 2201/2003 exige que se demuestre la adopción de las medidas en cuestión, uno de los sectores doctrinales anteriormente mencionados observa la mencionada desconfianza (vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 141-142).

⁶⁸ La necesidad de resolver con celeridad los casos de sustracción intracomunitaria de menores se ha traducido, a su vez, en la resolución por el procedimiento de urgencia de las cuestiones prejudiciales planteadas en esta materia ante el TJUE. Vid. STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271; STJUE 1 julio 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse c. Alpage*, Rec. 2010; STJUE 5 octubre 2010, asunto C-400/10 PPU, *J. McB. v. L.E.*; y el art. 104 ter del *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia*. Vid., entre otros, los comentarios de la STJCE 11 julio 2008 realizados por P. R. BEAUMONT, «The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *RCADI*, vol. 335, 2008, pp. 85 y ss.; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, CDT, vol. 2, núm. 2 (octubre 2010), pp. 222-235; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, pp. 600-602; H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, pp. 881-886; M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro», *Diario La Ley*, núm. 7066, año XXIX, 28 noviembre 2008, D-343, pp. 1519-1527; M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 211-231.

22. No cabe duda, como apunta la doctrina, de que el tiempo es un aliado incondicional del sujeto que protagoniza el traslado o retención ilícitos del menor⁶⁹. Ahora bien, no cabe deducir del art. 11.3 R 2201/2003 que el Estado miembro requerido deba crear procedimientos de urgencia para resolver las solicitudes de restitución intracomunitaria de menores; el Reglamento se limita a señalar que los tribunales del Estado mencionado deben emplear el procedimiento que, de los que contempla su legislación, permite resolver con mayor rapidez la sustracción del menor⁷⁰.

23. El plazo se inicia con la interposición de la demanda y finaliza con la resolución, ya sea para denegar la restitución o para ordenar la misma⁷¹. Este último aspecto lleva a precisar si en el mencionado plazo de seis semanas tienen los tribunales del Estado miembro requerido que resolver también el hipotético recurso que se haya interpuesto contra la resolución que resuelve si procede o no el retorno del menor. En la *Guía práctica* se apunta que si el Derecho del Estado miembro requerido contempla la posibilidad de recurrir, y el recurso tiene efecto suspensivo, los Estados miembros deberían establecer procedimientos para respetar el plazo de seis semanas⁷². Por lo tanto, se propone que en el plazo de seis semanas la resolución tendría que ser ejecutiva⁷³.

24. Procede examinar en este punto la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2008⁷⁴. Tres son los hechos de la misma que resultan relevantes para la cuestión que nos ocupa⁷⁵:

- 1º) Con fecha 22 de diciembre de 2006, los tribunales lituanos dictaron una resolución de denegación de la restitución de una menor a Alemania, resolución dictada en un plazo superior a siete semanas⁷⁶.
- 2º) El 15 de marzo de 2007, los tribunales lituanos anularon la resolución anteriormente mencionada, disponiendo la restitución de la menor a Alemania.
- 3º) La menor permanece en Lituania al ser suspendida la ejecución de la resolución de 15 de marzo de 2007 en diversas ocasiones.

25. El Tribunal de Justicia considera que no cabe subordinar la restitución del menor al agotamiento de las vías procesales admitidas por el Derecho del Estado miembro requerido⁷⁷. Como ha sido

⁶⁹ Vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 238.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 240. Vid. los comentarios de la Sentencia realizados por M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 228-229; por M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro», *Diario La Ley*, núm. 7066, año XXIX, 28 noviembre 2008, D-343, pp. 1521-1522; y por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 881.

⁷¹ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 42.

⁷² Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 42; M. TENREIRO, «L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille. Le nouveau Règlement «Bruxelles II»», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, pp. 46-47.

⁷³ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 41; M. TENREIRO, «L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille. Le nouveau Règlement «Bruxelles II»», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, pp. 46-47.

⁷⁴ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271.

⁷⁵ Sólo vamos a referirnos brevemente a las circunstancias en las que reside la clave para resolver la cuestión que nos ocupa, de tal manera que nos remitimos para lo demás, entre otros, a P. R. BEAUMONT, «The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *RCADI*, vol. 335, 2008, pp. 85 y ss.; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 2 (octubre 2010), pp. 223 y ss.; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, pp. 600-602; H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, pp. 881-886; M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro», *Diario La Ley*, núm. 7066, año XXIX, 28 noviembre 2008, D-343, pp. 1519-1527; M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 217 y ss.

⁷⁶ Opinión de la Abogado General Sharpston de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 34 y nota 12.

⁷⁷ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 81.

apuntado por la doctrina, cabe entender que la resolución que anula la decisión de restitución y dispone el retorno del menor debe ser extemporánea, en el sentido de no ajustarse a los plazos del art. 11.3 R 2201/2003⁷⁸.

En el caso concreto, señala el Tribunal que las diversas suspensiones de la ejecución de la resolución de 15 de marzo de 2007 demuestran que los plazos en los que se había actuado –la menor permanecía en Lituania tras casi dos años si se tiene en cuenta cuándo fue retenida, y tras más de quince meses si se atiende a la fecha de la resolución que disponía su retorno– iban en contra de las exigencias del Reglamento⁷⁹.

26. No obstante, dado que sobre las órdenes de no restitución del Estado miembro requerido, prevalecen las resoluciones posteriores del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental que lleven implícito el retorno del menor; como apunta la doctrina, el impacto de los recursos que puedan ser interpuestos ante aquéllos tribunales se ve limitado⁸⁰. Por ello, nos inclinamos, en la línea de las Conclusiones de la Abogado General en el caso mencionado que, quien ha solicitado el retorno de un menor y ha obtenido un pronunciamiento negativo del Estado miembro requerido en primera instancia, debería prescindir del recurso y dirigirse por lo tanto a continuación a los tribunales del Estado competente en materia de responsabilidad parental para que se inicie el proceso que finalice con una resolución que pueda beneficiarse de la previsión del art. 11.8 R 2201/2003⁸¹.

27. Según dispone el art. 11.3 R 2201/2003, los tribunales del Estado miembro requerido pueden dictar la resolución que resuelve si procede o no el retorno del menor transcurrido un plazo superior al ya mencionado de las seis semanas en caso de «circunstancias excepcionales que lo hagan imposible». El Convenio de La Haya de 1980, en su art. 11, contempla también el plazo de seis semanas para los procedimientos en materia de restitución de menores, teniendo derecho el demandante o la Autoridad central a solicitar una declaración sobre las razones de la demora que pueda producirse. Desde nuestro punto de vista, al haberse introducido en el art. 11.3 R 2201/2003 el inciso de las «circunstancias excepcionales que lo hagan imposible», el objetivo del Reglamento puede verse frustrado, ya que puede ser empleado con carácter abusivo, de tal manera que en este punto puede no haber grandes avances con respecto al régimen que ya contemplaba el Convenio de La Haya de 1980.

2. Condiciones de la resolución de restitución del menor

28. Una vez que ha sido dictada una resolución sobre la procedencia o no de la restitución de un menor en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, con las correcciones del art. 11 del Reglamento que acabamos de exponer, procede examinar cuál es el siguiente paso para obtener una resolución sea reconocida y tenga fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento. Si atendemos a los arts. 11.8, 40.1 y 42 R 2201/2003, cabe sostener que la resolución debe reunir las siguientes condiciones: a) Ser una resolución posterior a una resolución de no restitución; b) Llevar implícito el retorno del menor; c) Ser certificada conforme al art. 42.2 R 2201/2003.

⁷⁸ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 602.

⁷⁹ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartado 87; y Opinión de la Abogado General Sharpston de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartado 40.

⁸⁰ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 886. Al respecto, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, «International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation», *R. G. D.*, núm. 34, 2004, p. 363: «...the possibilities of appeal that Spanish law offers are going to be less effective».

⁸¹ Al respecto, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, «International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation», *R. G. D.*, núm. 34, 2004, p. 362; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, CDT, vol. 2, núm. 2 (octubre 2010), p. 231; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 216.

A) Resolución posterior a una resolución de no restitución

29. Como hemos indicado, el art. 11.8 R 2201/2003 dispone que «Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor». Por lo tanto, el precepto se encuentra pensado para el caso de que, habiendo dictado los tribunales del Estado miembro requerido una orden de no restitución, los tribunales competentes en materia de responsabilidad parental dictan posteriormente una resolución que implica el retorno del menor⁸².

30. Como, literalmente, el precepto señalado indica «Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución...», cabe plantearse qué ocurre si los tribunales del Estado miembro requerido han dictado una orden de restitución del menor. Ello nos lleva a retomar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2008⁸³.

A los hechos que hemos expuesto previamente –resolución de 22 de diciembre de 2006 que deniega la restitución del menor, seguida de una resolución de 15 de marzo de 2007 que ordena el retorno pero no llega a ser ejecutada– cabe añadir los siguientes:

- a) La resolución de 22 de diciembre de 2006 que denegó el retorno de la menor fue comunicada a los tribunales alemanes por conducto a la Autoridad Central alemana.
- b) La madre de la menor acudió a los tribunales lituanos para que se reabriera el procedimiento sobre la restitución de la menor. En cambio, en Alemania, se sustanció el procedimiento de divorcio de los progenitores de la menor. Así, con fecha 20 de junio de 2007, los tribunales alemanes concedieron el divorcio de los progenitores y atribuyeron al padre de la menor la custodia definitiva de la misma, por lo que fue ordenado su retorno a Alemania.
- c) Los tribunales lituanos, al recibir la resolución alemana, plantearon ante el Tribunal de Justicia si tal resolución podía ser certificada conforme al art. 42 R 2201/2003, teniendo en cuenta que los tribunales lituanos habían decidido el retorno del menor con fecha 15 de marzo de 2007.

31. El Tribunal de Justicia señala que la expedición del certificado del art. 42 R 2201/2003 exige una resolución previa de no restitución⁸⁴. Esta conclusión se ve justificada por los arts. 11.8 y 42 R 2201/2003.

Con respecto al primero, como se alude a «cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor», entiende el Tribunal de Justicia que en el mismo se observa una relación crono-

⁸² Como la orden de no restitución puede ser sustituida por una resolución posterior del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental que implica el retorno del menor, parte de la doctrina afirma que las resoluciones de no restitución dictadas por la autoridad competente del Estado requerido devienen por lo tanto provisionales (Vid., entre otros, R. ESPINOSA CALABUIG, «Sustracción de menores y eliminación del *exequátur* en el Reglamento 2201/2003», en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, 2008, p. 273; R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, p. 147; H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 254; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental [Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003]», *InDret*, noviembre 2004, núm. 250, p. 13; M. TENREIRO, «L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille. Le nouveau Règlement «Bruxelles II»», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 47; y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 114, que precisa que «...La eventual decisión de no retorno tomada por las autoridades del Estado miembro al que el niño ha sido sustraído puede no calificarse abiertamente de provisional, pero cederá frente a una eventual orden de retorno que además habrá de ejecutarse sin posibilidad de denegación...».

⁸³ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271.

⁸⁴ *Ibidem*, apartado 59: «Procede acoger la interpretación según la cual no puede expedirse un certificado sobre la base del artículo 42 del Reglamento sin que se haya dictado previamente una resolución de no restitución». Vid. el comentario de la Sentencia de H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 886.

lógica, de tal manera que en primer lugar debe ser dictada una resolución de no restitución y, en segundo lugar, una resolución de restitución⁸⁵.

Como veremos, el art. 42 R 2201/2003 contempla una serie de condiciones para la emisión del certificado que debe acompañar a la resolución de restitución. En su apartado segundo, letra c), se indica que el juez de origen tiene que haber tenido en cuenta las razones y pruebas que, en virtud del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, llevaron al juez del Estado miembro requerido a dictar su resolución. Sólo resulta posible que el juez del Estado miembro de origen valore los motivos que justificaron la denegación del retorno por el Estado miembro requerido si la resolución denegatoria de la restitución es previa a la del Estado miembro de origen que dispone el retorno⁸⁶.

32. Cabe hacer no obstante hacer una precisión en el concreto caso de la Sentencia 11 de julio de 2008⁸⁷. Si tomamos como referencia la resolución de 15 de marzo de 2007 –resolución de los tribunales lituanos que ordena el retorno de la menor– podría alegarse que, siendo la resolución alemana –que implica el retorno de la menor– posterior a una orden de restitución, no cabe que le sea aplicado el art. 42 R 2201/2003. No obstante, deben tenerse presentes dos datos ya comentados, como son que el 22 de diciembre de 2006 los tribunales lituanos dictaron una resolución de no restitución que fue comunicada por conducto de la Autoridad Central alemana a los tribunales alemanes; y que la resolución de retorno de 15 de marzo de 2007 no llegó a ser ejecutada.

En el caso concreto, el Tribunal de Justicia valora que el número de resoluciones dictadas y la diversidad de las mismas demuestran que los plazos de actuación iban en contra de las previsiones del Reglamento⁸⁸.

Entre otros argumentos, el Tribunal de Justicia señala, por un lado que, cuando el art. 11.8 R 2201/2003 alude a «cualquier resolución judicial posterior que ordene el retorno del menor», se entiende que, tras la resolución de no restitución, puede el tribunal de origen tener que dictar una o varias resoluciones para lograr el retorno del menor, «lo que incluye los supuestos en los que existe un estancamiento procedimental o fáctico»; por otro, que el Reglamento permite que la resolución dictada en virtud de la Sección 4 del Capítulo III pueda ser declarada ejecutiva con independencia de que el Estado miembro de origen o el requerido contemplen la posibilidad de recurso, no encontrándose contemplado recurso alguno ni contra dichas resoluciones ni contra el certificado del art. 42 R 2201/2003⁸⁹.

También cabe destacar, según indica en sus Conclusiones la Abogado General, que, si bien se dictó una resolución de retorno por los tribunales lituanos que anulaba la previa resolución de no restitución, los «elementos esenciales» no se han visto alterados, como por ejemplo que seguía transcurriendo el tiempo mientras la menor continuaba sin regresar al Estado miembro de origen⁹⁰.

⁸⁵ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 71: «Si bien la expresión «aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución» presenta cierta ambigüedad, su articulación con los términos «cualquier resolución judicial posterior» indica una relación cronológica entre una resolución, a saber, la de no restitución, y la resolución posterior, formulación que no deja lugar a dudas respecto al carácter previo de la primera resolución». Vid. también Considerando décimo séptimo del Reglamento 2201/2003.

⁸⁶ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 73: «... dicho órgano jurisdiccional únicamente puede pronunciarse después de que se dicte una resolución de no remisión en el Estado miembro de ejecución».

⁸⁷ *Ibidem*, apartado 75.

⁸⁸ *Ibidem*, apartado 87.

⁸⁹ *Ibidem*, apartados 84 y 85. Sobre los argumentos empleados en esta Sentencia vid., entre otros, P. R. BEAUMONT, «The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *RCADI*, vol. 335, 2008, pp. 85 y ss.; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, CDT, vol. 2, núm. 2 (octubre 2010), pp. 229 y ss.; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, pp. 600-602; H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, pp. 881-886; M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro», *Diario La Ley*, núm. 7066, año XXIX, 28 noviembre 2008, D-343, pp. 1519-1527; M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 220 y ss.

⁹⁰ Opinión de la Abogado General Sharpston de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 78. Sobre estos «elementos esenciales», vid. también, entre otros, C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, p. 230.

B) Llevar implícito el retorno del menor

33. La segunda condición que debe reunir la resolución de restitución es que lleve implícito el retorno del menor.

Procede a continuación relacionar tres preceptos: el art. 42, el art. 40.1.b) y el art. 11.8 R 2201/2003. El art. 42.1 R 2201/2003 dispone que «La restitución de un menor considerada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2». Por su parte, el art. 40.1.b) R 2201/2003, dispone que la Sección 4 del Capítulo III se aplica «a la restitución de un menor consecuencia de una resolución judicial que ordene dicha resolución, con arreglo al apartado 8 del artículo 11». Como ya hemos expuesto, el art. 11.8 R 2201/2003 se refiere a «...cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento...»⁹¹. Por lo tanto, nos encontramos ante el siguiente supuesto: 1º) el tribunal del Estado miembro requerido dicta una resolución de no restitución; 2º) a continuación se acude al tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental, que dicta una resolución sobre tal materia; 3º) en caso de que la resolución del tribunal del Estado miembro competente materia de responsabilidad parental implique el retorno del menor, el pronunciamiento de retorno será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento. Cabe deducir por lo tanto, como ha apuntado la doctrina, que lo que va a desplegar efectos sin necesidad de exequátur es la restitución del menor, mientras que no se benefician de esta previsión otros pronunciamientos que se incluyan en la resolución del tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental⁹².

El Reglamento contempla así en la Sección 4 del Capítulo III un régimen para lograr la concreta restitución del menor, no para que tenga plena eficacia en el Estado miembro requerido la resolución sobre su custodia⁹³. Así, en nuestro caso, como apunta la doctrina, la resolución sobre la custodia es el «mero fundamento para la ejecución del retorno»⁹⁴.

34. Una segunda cuestión que cabe plantearse con respecto a la resolución que, en el ámbito del art. 11.8 R 2201/2003, lleva implícito el retorno del menor, es si debe ésta ser definitiva. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 1 de julio de 2010⁹⁵.

35. Se trata del traslado ilícito de una menor de Italia a Austria en febrero de 2008, que se llevó a cabo infringiendo una prohibición de traslado de los tribunales italianos. El padre de la menor solicitó su retorno a Italia ante los tribunales austriacos en abril de 2008.

Paralelamente, los tribunales italianos dictaron el 23 de mayo de 2008 una resolución en la que se atribuía provisionalmente la custodia a ambos progenitores. Si bien se autorizaba que la menor permaneciera con la madre en Austria a la espera de resolverse el fondo del asunto, se establecía que debía permitir las visitas del padre.

Con respecto a la solicitud de retorno de la menor, hubo varios pronunciamientos de los tribunales austriacos en el marco del procedimiento de solicitud de restitución: en un primer momento, en julio

⁹¹ Como apunta la doctrina, para que pueda existir la resolución de retorno a la que nos referimos, el presupuesto es que el tribunal que la dicta goce de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental (Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, «Sustracción de menores y eliminación del *exequátur* en el Reglamento 2201/2003», en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, 2008, p. 274).

⁹² Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, «International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation», *R. G. D.*, núm. 34, 2004, p. 360.

⁹³ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 144.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 144.

⁹⁵ STJUE 1 julio 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse c. Alpago*, *Rec.* 2010, apartados 51 y ss.

de 2008, se denegó el retorno; en un segundo momento, se anuló tal decisión por falta de audiencia del solicitante; con posterioridad recayeron dos nuevas resoluciones de denegación del retorno, una basada en la resolución provisional de los tribunales italianos y la última, de 7 de enero de 2009, en el art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980.

A continuación, en mayo de 2009, los tribunales austriacos pasaron a conocer de la responsabilidad parental de la menor, con base en el art. 15.5 R 2201/2003, e instaron a los tribunales italianos a que se declarasen incompetentes en lo que se refería al fondo del asunto.

Mientras tanto, ante los tribunales italianos se seguía sustanciando, en el mes de abril, el procedimiento sobre la responsabilidad parental de la menor. En el marco del mismo, tuvo lugar en mayo de 2009 la audiencia en la que compareció la madre de la menor, que no mencionó el estado en que se encontraban las actuaciones en Austria.

El 10 de julio de 2009, los tribunales italianos ordenaron la restitución de la menor a Italia, certificando dicha resolución conforme al art. 42 R 2201/2003. A continuación, el padre de la menor solicitó, en septiembre de 2009, la ejecución de la orden de retorno ante los tribunales austriacos quienes, en agosto de 2009, habían otorgado la custodia provisional a la madre y habían dotado a dicha decisión de fuerza ejecutiva el 23 de septiembre de 2009.

La primera reacción de los tribunales austriacos fue alegar el grave riesgo de daño psíquico de la menor en caso de restitución, si bien admitieron posteriormente el recurso del padre, para a continuación plantear, con motivo del recurso de la madre, las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia.

36. Vamos a examinar únicamente la cuestión prejudicial referida a si es preciso el carácter definitivo de la resolución en materia de responsabilidad parental, dictada en el ámbito del art. 11.8 R 2201/2003⁹⁶. El Tribunal de Justicia emplea los siguientes argumentos:

- a) Analizando el art. 11.8 R 2201/2003, que hace alusión a «cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor...», el Tribunal de Justicia considera que, con base en el tenor literal del precepto, no cabe sostener que la decisión en materia de responsabilidad parental tenga que ser definitiva⁹⁷.
- b) Por su parte, el art. 11.7 R 2201/2003, establece que, una vez que los tribunales competentes en materia de responsabilidad parental hayan recibido la información que debe remitirle el tribunal del Estado miembro requerido –copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista–, deben ser invitadas las partes a plantear la cuestión de la custodia del menor. El Tribunal de Justicia considera que tal previsión no impone, como condición previa para ordenar la restitución del menor, que exista una decisión del tribunal competente en materia de responsabilidad parental relativa a la custodia del menor, sino que tal decisión es el «objetivo final» del procedimiento⁹⁸. Así, entiende el Tribunal de Justicia que la decisión de restitución es una decisión «intermedia», siendo el objetivo final el pronunciamiento sobre la custodia⁹⁹.

El Tribunal de Justicia considera reforzado tal argumento por el hecho de que el tribunal competente en materia de responsabilidad parental, a la hora de disponer el retorno del menor, tiene que haber tenido en cuenta las razones y pruebas que llevaron al tribunal del Estado miembro requerido a pronunciarse en contra de la restitución del menor; de tal manera que el tribunal competente en materia de responsabilidad parental lleva a cabo un segundo examen de la cuestión relativa al retorno del menor¹⁰⁰.

⁹⁶ Para la cuestión prejudicial referida al art. 10.b.iv) R 2201/2003, vid. STJUE 1 julio 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse c. Alpage*, Rec. 2010, apartados 37 y ss.; y C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 108 y ss.

⁹⁷ STJUE 1 julio 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse c. Alpage*, Rec. 2010, apartado 52.

⁹⁸ *Ibidem*, apartados 53 y 54.

⁹⁹ *Ibidem*, apartado 53.

¹⁰⁰ *Ibidem*, apartados 59 y 60.

- c) Como tercer argumento, cabe aludir a la necesaria celeridad del procedimiento, a la que contribuye el régimen que el R 2201/2003 contempla para el pronunciamiento de restitución del tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental. Considera el Tribunal de Justicia que la exigencia de una decisión definitiva sobre la custodia del menor, constituiría un obstáculo al mismo¹⁰¹. Además, la celeridad mencionada llevaría al tribunal competente en materia de responsabilidad parental a emitir un pronunciamiento sobre la custodia a pesar de no disponer del tiempo e información necesarios¹⁰². Por ello se entiende, en la línea de la postura mantenida por la Comisión europea, que el tribunal competente en materia de responsabilidad parental puede adoptar las medidas intermedias que se necesiten, como el caso de la orden de retorno del menor¹⁰³.

37. Cabe plantearse no obstante la siguiente hipótesis: habiendo sido ejecutada la mencionada decisión «intermedia» de retorno del menor, supongamos que en la decisión definitiva en materia de responsabilidad parental, se atribuye la custodia al progenitor que protagonizó la sustracción del menor. Si bien el menor debe ahora regresar al Estado miembro del que a su vez retornó en virtud de la decisión «intermedia», el Tribunal de Justicia considera que, a pesar de este resultado, existen diversos argumentos que apoyan las actuaciones llevadas a cabo¹⁰⁴. Por un lado, se logra el objetivo de que se dicte una resolución en materia de responsabilidad parental fundamentada; por otro, las actuaciones llevadas a cabo desincentivan el traslado o retención ilícitos como mecanismo para lograr la custodia de un menor; sin olvidar que el objetivo perseguido por las actuaciones llevadas a cabo es mantener el contacto con ambos progenitores, lo que constituye un derecho del menor¹⁰⁵.

C) Ser certificada conforme al art. 42.2 R 2201/2003

38. La resolución de restitución del menor dictada por el tribunal competente en materia de responsabilidad parental «...será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2» (art. 42.1 R 2201/2003). Se observa por lo tanto que el Reglamento 2201/2003 contempla el que ha sido denominado como «sistema de certificación» o de «declaración de ejecutividad automática»¹⁰⁶.

39. Tal como indica el precepto y como también se refleja en el art. 45.1.b) R 2201/2003, corresponde emitir el certificado al Estado miembro de origen de la misma. El certificado despliega efectos dentro de los límites del carácter ejecutivo de la sentencia (art. 44 R 2201/2003), de tal manera que, si la resolución del tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental que lleva implícito el retorno del menor es modificada o anulada por los tribunales de dicho Estado, el certificado dejará de desplegar efectos¹⁰⁷.

40. El art. 43 R 2201/2003 contempla la posibilidad de rectificación del certificado, aspecto que se regirá por el Derecho del Estado miembro de origen; sin que quepa por lo demás interponer recurso contra la expedición del mismo. La rectificación debe ser entendida, conforme al Considerando vigé-

¹⁰¹ *Ibidem*, apartado 62.

¹⁰² *Ibidem*, apartado 62.

¹⁰³ *Ibidem*, apartado 61.

¹⁰⁴ *Ibidem*, apartado 63. Por lo que se refiere al mantenimiento del contacto del menor con sus progenitores, vid. apartado 64.

¹⁰⁵ *Ibidem*, apartado 63.

¹⁰⁶ Por lo que se refiere al «sistema de certificación», vid. A. DEVERS, «Le droit de visite», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 107; y a la «declaración de ejecutividad automática», vid. F. GARAU SOBRINO, «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva Teoría General del Exequátur?», *AEDIPr.*, tomo IV, 2004, pp. 95 y ss.

¹⁰⁷ Vid. F. GARAU SOBRINO, «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva Teoría General del Exequátur?», *AEDIPr.*, tomo IV, 2004, p. 115.

simo cuarto del R 2201/2003, como mecanismo en caso de error material, lo que se traduce en que el certificado no refleja correctamente el contenido de la resolución judicial. Por ello, el Tribunal de Justicia, en la ya comentada Sentencia de 11 de julio de 2008, señala que, siendo el certificado auténtico y conteniendo todos los elementos a los que hace alusión el art. 42 R 2201/2003, deben ser desestimados un hipotético recurso, conforme al art. 43.2 R 2201/2003¹⁰⁸.

41. Antes de referirnos a los requisitos para la emisión del certificado que contempla el art. 42.2 R 2201/2003, cabe realizar dos precisiones.

En primer lugar, si bien la resolución que lleva implícito el retorno del menor tiene que ser ejecutiva en el Estado miembro que la dicta, el tribunal del mismo puede declararla ejecutiva a pesar de que su Ordenamiento no le atribuya fuerza ejecutiva por ministerio de la ley –sin perjuicio de eventuales recursos– (art. 42.1 R2201/2003)¹⁰⁹. Esta previsión se ve justificada en la necesidad de evitar que sean interpuestos recursos con el único objetivo de retrasar la ejecución de la resolución¹¹⁰.

En segundo lugar, si se han dispuesto medidas para garantizar la protección del menor al regresar al Estado miembro de origen, el contenido de aquéllas debe ser concretado en el certificado¹¹¹.

42. Los requisitos para la emisión del certificado se contienen en el apartado 2 del art. 42 del Reglamento: a) Audiencia del menor; b) Audiencia de las partes; c) Haber tenido en cuenta las razones y pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. Como los requisitos mencionados se centran en el procedimiento del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental, la doctrina apunta que el precepto contempla garantías mínimas que debe reunir el procedimiento en cuestión¹¹².

43. Con respecto a la condición mencionada en la letra a), cabe referirse a otra Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010¹¹³. Se trata de un asunto relativo a una menor nacida en el año 2000 en el seno de un matrimonio compuesto por un varón de nacionalidad española y una mujer de nacionalidad alemana.

Años después, al iniciarse un procedimiento de divorcio de los padres ante los tribunales españoles, en mayo de 2008 aquéllos le atribuyen un derecho de custodia provisional al padre y un derecho de visita a la madre.

En junio de 2008, la madre fija su residencia en Alemania. La menor pasa unas vacaciones en tal país, sin regresar a España una vez finalizadas las mismas.

Los tribunales españoles dictan un nuevo auto de medidas provisionales en octubre de 2008, prohibiendo la salida de la menor del territorio español en compañía de su madre o personas de su entorno, y suspendiendo provisionalmente el derecho de visita.

Ante los tribunales alemanes, el padre de la menor solicita en primer lugar el retorno de la misma a España, en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Si bien en un primer momento se dispuso la restitución de la menor, como consecuencia de un recurso interpuesto por la madre se denegó posteriormente el retorno con base en la oposición de la menor (art. 13.2 Convenio de La Haya de 1980).

¹⁰⁸ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartados 88 y 89.

¹⁰⁹ Vid. F. GARAU SOBRINO, «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva Teoría General del Exequátur?», *AEDIPr.*, tomo IV, 2004, pp.110-111.

¹¹⁰ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 47; H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 250.

¹¹¹ Vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 253.

¹¹² Vid. A. QUINONES ESCÁMEZ, «Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental [Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003]», *Indret*, noviembre 2004, núm. 250, p. 15. Como señala el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 11 de julio 2008, tienen que haberse dado estas condiciones para lograr la «fuerza ejecutiva directa» de la orden de restitución (Vid. STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 67).

¹¹³ STJUE 22 diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, *J. A. Aguirre Zarraga v. S. Pelz*.

Ante el tribunal español, en el marco del procedimiento en materia de responsabilidad parental, ni la menor ni la madre comparecen para proceder al trámite de audiencia. Según afirman los tribunales alemanes, el tribunal español rechazó la petición de la madre de que se permitiese libremente la salida de España de la menor tras dicho trámite, así como también la petición de realizar la audiencia mediante videoconferencia. El 16 de diciembre de 2009, los tribunales españoles atribuyen al padre el derecho de custodia con carácter exclusivo. Dicha resolución fue recurrida en apelación por la madre.

Habiendo sido dictada por los tribunales españoles la resolución en materia de responsabilidad parental el 16 de diciembre de 2009, ésta se presenta ante los tribunales alemanes acompañada del certificado del art. 42 R 2201/2003.

Con base en el Derecho alemán, el Ministerio de Justicia alemán manifiesta a los tribunales alemanes que la resolución debe ser ejecutada. No obstante, el 28 de abril de 2010, los tribunales alemanes señalan que no procede la ejecución de la resolución española, debido a la falta de audiencia de la menor en el procedimiento que dio origen a la misma. Recurrida esta decisión por el padre, los tribunales alemanes señalan que no deberían carecer de la facultad de controlar el certificado cuando, como en el caso en cuestión, se ha producido una violación grave de un derecho fundamental.

Tras recordar que el régimen contemplado en los arts. 40 a 45 del R 2201/2003 tiene como finalidad lograr una ejecución rápida de las resoluciones dictadas en el ámbito del art. 11.8 R 2201/2003, el Tribunal de Justicia señala que la finalidad del art. 42 R 2201/2003 consiste en indicar al tribunal del Estado miembro de origen el contenido mínimo de la resolución que va a ser objeto de certificación¹¹⁴. Ello sin que el tribunal del Estado miembro de ejecución se encuentre facultado para ejercer un control sobre las condiciones que en el precepto se contemplan para emitir el certificado, puesto que ello supondría un riesgo para la eficacia del sistema contemplado en el Reglamento¹¹⁵.

Frente a lo que ocurre en el ámbito de los arts. 23 y 31 R 2201/2003, en el que se contemplan como motivos de denegación del reconocimiento y exequátur el menoscabo del orden público internacional y la vulneración de los principios fundamentales de procedimiento, éstos no aparecen contemplados en la Sección 4 del Capítulo III¹¹⁶. No obstante, apunta el Tribunal de Justicia que el reparto de competencias entre los tribunales del Estado miembro de origen y los del Estado miembro de ejecución, parte de la premisa del respeto de las obligaciones que el Reglamento impone conforme a la Carta de los Derechos Fundamentales¹¹⁷. Así, el art. 42 R 2201/2003 debe interpretarse a la luz del art. 24 de la Carta¹¹⁸.

Si bien la audiencia del menor constituye un derecho del mismo, «no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor en cada caso concreto, conforme al artículo 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales»¹¹⁹. Así, conforme al art. 24 de la Carta y al art. 42.2 R 2201/2003, no significa que haya de tener lugar la audiencia del menor necesariamente ante el juez del Estado miembro de origen, sino que se exige que se ponga a disposición del menor los procedimientos y condiciones legales para que pueda expresar su opinión libremente y sea considerada por el tribunal¹²⁰. Por lo tanto, el juez no está obligado a oír siempre al menor en el marco de una audiencia¹²¹. En esta línea, para emitir el certificado del art. 42 R 2201/2003, afirma el Tribunal de Justicia que el tribunal del Estado miembro de origen tiene que haber comprobado que la resolución objeto de certificación ha sido adoptada «respetando el derecho del menor a expresarse libremente y que se ha ofrecido a este una posibilidad real y efectiva de expresarse, habida cuenta de los medios procesales nacionales y de los instrumentos de la cooperación judicial internacional», todo ello con base en el interés del menor y las circunstancias del caso¹²².

¹¹⁴ *Ibidem*, apartados 47 y 53.

¹¹⁵ *Ibidem*, apartados 54 y 55.

¹¹⁶ *Ibidem*, apartado 57.

¹¹⁷ *Ibidem*, apartado 59.

¹¹⁸ *Ibidem*, apartado 60.

¹¹⁹ *Ibidem*, apartado 64.

¹²⁰ *Ibidem*, apartado 65.

¹²¹ *Ibidem*, apartado 66.

¹²² *Ibidem*, apartado 68.

No obstante, como es el tribunal del Estado miembro de origen el que dispone de competencia para examinar la legalidad de tal resolución, considera el Tribunal de Justicia, tal como plantea el Abogado General, que las partes interesadas tendrían que acudir a las vías de recurso del Derecho del Estado miembro de origen si desean impugnar la mencionada resolución¹²³.

Por lo tanto, concluye el Tribunal de Justicia que el tribunal del Estado miembro requerido no puede oponerse a la ejecución de una resolución con base en la vulneración del art. 42.2 R 2201/2003 interpretado conforme al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, dado que sólo puede el tribunal del Estado miembro de origen valorar si ha existido la mencionada vulneración¹²⁴.

44. Cabe hacer una observación también con respecto al requisito mencionado en la letra c). El art. 11.8 R 2201/2003 señala, literalmente, que el tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental tiene que haber tenido en cuenta «las razones y pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980»¹²⁵. Según hemos expuesto con anterioridad, los motivos de denegación contemplados en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 son a) El derecho de custodia no era ejercido de forma efectiva por el titular o éste había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; b) Grave riesgo de exposición del menor a un daño físico, psíquico o situación intolerable; c) Oposición del menor a la restitución. Según expusimos en su momento, existen otros motivos de denegación del retorno del menor, previstos en el art. 20 (incompatibilidad con los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales) y en el art. 12, apartado segundo (integración del menor en su nuevo entorno).

Ello nos lleva a plantearnos si la resolución que lleva implícito el retorno del menor y que es dictada por el tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución, y sin que pueda impugnarse su reconocimiento, en caso de que el tribunal del Estado miembro requerido hubiera denegado el retorno previamente con base en el art. 20 o en el art. 12, apartado segundo, del Convenio de La Haya de 1980. Parte de la doctrina se inclina por dar una respuesta negativa, entendiendo que sólo se valoran las circunstancias del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980¹²⁶. Consideramos por ello que habría sido más adecuado que la letra c) del art. 42.2 R 2201/2003 se hubiera referido a «las razones y pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del Convenio de La Haya de 1980», sin aludir a un precepto concreto, para así entender incluidos los motivos de denegación del art. 12, apartado segundo, y del art. 20 del citado Convenio¹²⁷.

¹²³ *Ibidem*, apartados 69 y 71.

¹²⁴ *Ibidem*, apartado 75.

¹²⁵ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, «Sustracción de menores y eliminación del *exequátur* en el Reglamento 2201/2003», en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, 2008, pp. 289-290. Vid. el art. 11.2 R 2201/2003, en el que sí se menciona el art. 12 Convenio de La Haya 1980.

¹²⁶ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, «Sustracción de menores y eliminación del *exequátur* en el Reglamento 2201/2003», en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, 2008, p. 288; quien apunta, además, que sería mucho más complejo para el tribunal del Estado miembro de origen dictar una resolución de retorno en caso de que hubiera transcurrido un año desde el secuestro y el menor estuviera integrado en su nuevo medio (vid. R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, p. 224 y 290).

¹²⁷ Vid. las reflexiones que sobre el art. 42.2.c) R 2201/2003 realizan, entre otros, H. FULCHIRON, «La lutte contre les enlèvements d'enfants», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 245; y P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 161-164.