

LAS RESOLUCIONES DE RESTITUCIÓN DE MENORES EN LA UNIÓN EUROPEA: EL CASO *RINAU*

CELIA M. CAAMIÑA DOMINGUEZ

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

Recibido: 10.06.2010 / Aceptado: 28.06.2010

Resumen: Este trabajo examina un caso de sustracción de menores en el ámbito del 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 el asunto C-195/08 PPU, una de las cuestiones principales consiste en determinar si una resolución de restitución, dictada por un tribunal del Estado miembro de origen del menor, que ha sido certificada en virtud del art. 42 R 2201/2003, se ajusta al Reglamento, teniendo presente que un tribunal del Estado miembro en el que el menor se encuentra retenido ilícitamente ha dictado también una orden de restitución. La clave del caso reside en la circunstancia de que el tribunal del Estado miembro en el que el menor se encuentra ilícitamente retenido decide la restitución del menor tras haber dictado previamente una resolución de no retorno, que había sido notificada al tribunal del Estado miembro de origen.

Palabras clave: Sustracción de menores, traslado ilícito, retención ilícita, restitución del menor.

Abstract: This study deals with a case of child abduction in the field of Council Regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000. In Case C 195/08 PPU, one of the main questions lies in answering whether a decision of restitution adopted by a court of the Member State of origin, that has been certified under Article 42 of the Regulation, complies with the procedures of the Regulation, when a court of the Member State where the child is wrongfully retained has also taken a decision of restitution. The key of this case lies in the fact that the court of the Member State where the child is wrongfully retained took the decision of restitution after having taken a non-return decision that had been brought to the attention of the court of the Member State of origin.

Key words: Child abduction, wrongful removal, wrongful retention, return of the child.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos III. El procedimiento de urgencia. IV. Las cuestiones prejudiciales. 1. Introducción. 2. Nociones previas. 3. El art. 42 R 2201/2003. A) La restitución del menor ordenada en el ámbito del art. 40.1.b) R 2201/2003. B) El certificado del art. 42 R 2201/2003. 4. La Sección 4 del R 2201/2003 frente a otras vías para lograr la eficacia extraterritorial de la resolución. 5. La solicitud de no reconocimiento. A) La solicitud de no reconocimiento sin previa solicitud de reconocimiento. B) El papel del art. 31.1 R 2201/2003 en una solicitud de no reconocimiento.

* La Dra. CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ elaboró parte de este trabajo durante una estancia de investigación en la Universidad de Ferrara (Italia). Por ello, desea dar las gracias al prof. Dr. FRANCESCO SALERNO y a su equipo por su hospitalidad. También desea agradecer a la Universidad Carlos III de Madrid la concesión, en el marco del Programa Propio de Investigación, de la "Ayuda para la movilidad de investigadores en centros de investigación nacionales o extranjeros", con la que fue financiada la estancia.

I. Introducción

1. El presente estudio tiene por objeto examinar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2008, relativo a una sustracción intracomunitaria de menores en la que resulta determinante la aplicación de los arts. 11, 40 y 42 del *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. Como ha sido apuntado por la doctrina, el R 2201/2003 ha optado por respetar el procedimiento previsto en el *Convenio de La Haya 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), introduciendo ciertas correcciones aplicables en casos de sustracciones intracomunitarias de menores². Al respecto se ha señalado que la Convención de La Haya de 1980 ha sido *comunitarizada*³.

II. Hechos

3. La menor que protagoniza el presente caso nació en enero de 2005 en el seno del matrimonio de los Sres. Rinau, compuesto por un varón de nacionalidad alemana y una mujer de nacionalidad lituana. En marzo del mismo año, se inició ante los tribunales alemanes un procedimiento de divorcio, permaneciendo mientras tanto la menor con su madre.

4. En julio de 2006, la madre trasladó a la menor a Lituania con el consentimiento paterno, con motivo de unas vacaciones. El 14 de agosto de 2006, los tribunales alemanes atribuyeron provisionalmente la custodia de la menor a su padre. Dicha decisión fue objeto de recurso, resuelto el 11 de octubre de 2006 con la confirmación de aquélla.

5. El 30 de octubre de 2006, el padre de la menor solicitó ante los tribunales lituanos la restitución de la misma a Alemania, con base en el R 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1980.

Los tribunales lituanos dictaron una resolución en la que se denegaba el retorno de la menor a Alemania el 22 de diciembre de 2006. Por conducto de la Autoridad Central alemana, dicha resolución fue comunicada a los tribunales alemanes.

¹ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271. Vid., entre otros, los comentarios de esta Sentencia realizados por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, pp. 600-602; H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, pp. 881-886; M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 211-231; 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.

Vid. R 2201/2003 en *DOCE* núm. L 338, de 23 diciembre 2003, pp. 1 y ss., modificado por el Reglamento (CE) núm. 2116/2004 del Consejo de 2 de 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 *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. 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. 308-309; P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, p. 527; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial”, en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ, *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, pp. 735-736; 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, p. 1523; M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, “La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2001/2003”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2006, núm. 11, p. 12 (<http://www.reei.org>). Sobre el Convenio de La Haya de 1980, vid. también H. VAN LOON, “The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), en especial pp. 265-267.

³ 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.

La mencionada resolución de 22 de diciembre de 2006 fue anulada por una decisión de los tribunales lituanos de 15 de marzo de 2007, siendo ordenado el retorno de la menor a Alemania. Sin embargo, a continuación se sucedieron una serie de resoluciones de los tribunales lituanos de suspensión de la ejecución de la orden de retorno, es decir, de la resolución de 15 de marzo de 2007.

Con posterioridad debemos precisar que se desarrollaron diversas actuaciones judiciales en paralelo ya que, mientras que ante los tribunales lituanos fue solicitado que se reabriera el caso relativo a la restitución de la menor a Alemania, ante los tribunales alemanes se fue sustanciando el procedimiento de divorcio de los Sres. Rinau.

6. Así, en junio de 2007, la madre de la menor acudió a los tribunales lituanos solicitando que el procedimiento en el que se había valorado si procedía o no la restitución de la menor a Alemania fuera reabierto. Sus alegaciones se basaban en el interés de la menor (art. 13 Convenio de La Haya de 1980), así como en nuevas circunstancias. Con fecha 19 de junio de 2007, la solicitud fue desestimada por los tribunales lituanos, quienes argumentaron que la competencia para pronunciarse sobre la cuestión correspondía a los tribunales alemanes. Si bien esta resolución fue objeto de un primer recurso ante los tribunales lituanos, que confirmaron la desestimación, en casación se decidió que el asunto fuera devuelto a los tribunales lituanos que habían conocido del asunto en primera instancia. La cadena de desestimaciones en primera y segunda instancia volvió a repetirse, con resoluciones dictadas, respectivamente, en marzo y abril de 2008. Cuando el caso volvió a ser recurrido en casación, los tribunales lituanos, mediante resolución de 26 de mayo de 2008, admitieron su competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto, ordenando una vez más la suspensión de la ejecución de la resolución de 15 de marzo de 2007, mientras se resolvía el fondo del asunto.

7. Mientras tanto, el 20 de junio de 2007, los tribunales alemanes dictaron una resolución en virtud de la cual se concedía el divorcio de los Sres. Rinau y la custodia definitiva de la menor al padre de la misma, ordenando así la restitución de la menor a Alemania. Para decidir sobre ésta última cuestión, los tribunales alemanes tuvieron en cuenta la resolución de denegación de la restitución dictada por los tribunales lituanos el 22 de diciembre de 2006, así como las alegaciones que en su momento fueron presentadas. Si bien la madre de la menor no estuvo presente en el procedimiento sustanciado ante los tribunales alemanes, sí contó con representación legal que realizó observaciones. La resolución de los tribunales alemanes fue acompañada del certificado al que se refiere el art. 42 del R 2201/2003.

La madre de la menor recurrió esta resolución ante los tribunales alemanes, quienes confirmaron, mediante decisión de 20 de febrero de 2008, la atribución de la custodia al padre de la menor y la procedencia de la restitución de la misma a Alemania.

8. La madre de la menor acudió entonces a los tribunales lituanos para solicitar que no fuera reconocida la resolución de los tribunales alemanes de 20 de junio de 2007 que, como hemos mencionado, otorgaba la custodia de la menor al padre de la misma y ordenaba el retorno de la menor a Alemania.

Los tribunales lituanos, con fecha 14 de septiembre de 2007, consideraron que procedía la ejecución de la resolución con base en el Capítulo III, Sección 4 del R 2201/2003, sin que fuera preciso acudir a un procedimiento de reconocimiento y ejecución de la resolución y, por lo tanto, no admitieron la solicitud de no reconocimiento. Para ello, se basaron en que los tribunales alemanes habían adjuntado, a la resolución de 20 de junio de 2007, el certificado al que se refiere el art. 42 R 2201/2003, con las condiciones que en el mismo se contemplan.

La madre de la menor recurrió esta decisión en casación ante los tribunales lituanos, momento en que se plantearon las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia.

III. El procedimiento de urgencia

9. El art. 104 ter del *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia* contempla la posibilidad de resolver las cuestiones prejudiciales mediante un procedimiento de urgencia, en caso de que se refieran a materias del título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es

decir, al “Espacio de libertad, seguridad y justicia”⁴. Según dispone el art. 104 ter § 1 del Reglamento de Procedimiento, los tribunales nacionales que deseen que la cuestión prejudicial sea tramitada mediante dicho procedimiento, deben indicar las circunstancias de Derecho y de hecho que acreditan la urgencia en su tramitación.

10. En la solicitud de los tribunales lituanos de que las cuestiones prejudiciales planteadas se tramitasen mediante el procedimiento de urgencia, cabe distinguir tres argumentos fundamentales:

a) El primero de ellos se deriva de los requisitos que establece el R 2201/2003 en lo que respecta al plazo para que el tribunal del Estado miembro requerido –es decir, aquél en el que se encuentra el menor como consecuencia de un traslado o retención ilícitos– resuelva si procede o no su restitución. Al respecto, los tribunales lituanos citaron el Considerando décimo séptimo del R 2201/2003: “En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora...”, así como el art. 11.3 R 2201/2003. Éste último precepto dispone que “El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor... actuará con urgencia..., utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional... 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”⁵.

b) En segundo lugar, se aludió a que el retraso en la toma de la decisión de restitución resultaba desfavorable para el vínculo entre el menor y el progenitor con el que no vivía mientras duraba la retención ilícita, hasta el punto de que el mencionado vínculo podía ser irreparable. Como acertadamente se ha apuntado por la doctrina, el tiempo es un aliado incondicional del sujeto que protagoniza el traslado o retención ilícitos de un menor⁶.

c) En tercer lugar, se manifestó que la tramitación mediante el procedimiento de urgencia también resultaba conforme con la necesidad de que el menor fuera protegido de posibles perjuicios, es decir, que la tramitación urgente respondía al *interés del menor*. A continuación se precisó que dicha tramitación también permitía garantizar un justo equilibrio entre los intereses de las partes afectadas, es decir, el menor y sus progenitores.

IV. Las cuestiones prejudiciales

1. Introducción

11. Fueron planteadas un total de seis cuestiones al Tribunal de Justicia que, básicamente, se agrupan en tres aspectos:

12. Un primer bloque de cuestiones se refiere al art. 42 R 2201/2003. Con respecto al mismo, se requiere el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, fundamentalmente, sobre tres aspectos:

a) Si cabe expedir el certificado al que se refiere el art. 42 R 2201/2003 cuando los tribunales del Estado miembro en el que el menor se encuentra retenido ilícitamente han dictado una resolución que ordena su restitución al Estado miembro de origen.

b) Si, conforme al art. 24 R 2201/2003, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente retenido el menor, deben reconocer la resolución de los tribunales del Estado miembro de origen que dispone la restitución, a pesar de que estos últimos hayan infringido el procedimiento del R 2201/2003.

⁴ Vid. los comentarios de la Sentencia realizados por M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 228-231; 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.

⁵ Vid. P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (COORD.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, p. 527.

⁶ 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.

c) Partiendo del art. 21.3 R 2201/2003, también se requiere que se determine qué relación existe entre la Sección 4 del Capítulo III de dicha norma –“Fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor”–; y las Secciones 1 y 2 –respectivamente, “Reconocimiento” y “Solicitud de declaración de ejecutoriedad”–.

13. Un segundo bloque de cuestiones se centra en la posibilidad de solicitar el no reconocimiento de una resolución en caso de que no se haya solicitado previamente el reconocimiento, para lo cual es preciso examinar el art. 21 R 2201/2003. Si ello es posible, a continuación se consulta qué papel juega, en el procedimiento para valorar si se concede el no reconocimiento, el art. 31 R 2201/2003.

2. Nociones previas

14. Antes de entrar a analizar las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia, cabe detenerse en las circunstancias que permiten calificar el supuesto que nos ocupa como un caso de *retención ilícita* de un menor. Tal como señala la Abogado General, nos encontramos ante un caso de retención ilícita en virtud del art. 2, apartado 11 del Reglamento⁷. Según dispone el mencionado precepto, se produce un traslado o retención ilícitos de un menor 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”⁸.

15. En nuestro supuesto, con carácter previo a la retención ilícita, se cumplían las dos condiciones mencionadas, ya que, en primer lugar, la custodia era ejercida de manera conjunta y efectiva por ambos progenitores –los Sres. Rinau–, en virtud del Derecho alemán. En segundo lugar, como el padre de la menor únicamente había consentido el desplazamiento de la misma a Lituania con carácter temporal –2 semanas–, la permanencia en dicho Estado miembro más allá del período señalado suponía una infracción del derecho de custodia⁹.

3. El art. 42 R 2201/2003

16. En virtud del art. 42 R 2201/2003, la resolución judicial ejecutiva dictada por los tribunales de un Estado miembro, que implique la restitución de un menor “será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento”. Cabe puntualizar que, con base en el precepto mencionado, no se trata de que una decisión de custodia dictada en el Estado miembro de origen despliegue toda su eficacia en el Estado miembro requerido, sino únicamente de lograr el retorno del menor al Estado miembro de origen¹⁰.

⁷ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271.

⁸ 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. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, pp. 517-518; 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. 6. Con respecto a la custodia conjunta, vid. P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, pp. 506-508; 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, pp. 120-122; 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*, 2008, p. 228.

⁹ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 28.

¹⁰ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos

17. Para lograr el mencionado retorno, son precisas dos condiciones fundamentales:

- a) La restitución del menor tiene que ser ordenada en el ámbito del art. 40.1.b) R 2201/2003.
- b) La resolución judicial ejecutiva que implica la restitución del menor tiene que ser certificada en virtud del art. 42 R 2201/2003.

A) La restitución del menor ordenada en el ámbito del art. 40.1.b) R 2201/2003

18. Para que la resolución judicial ejecutiva que implica la restitución del menor sea reconocida y tenga fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin que sea necesario el reconocimiento ni el *exequatur* de la misma, es preciso, según indica el art. 40.1.b) R 2201/2003, que dicha resolución haya sido dictada “con arreglo al apartado 8 del artículo 11”.

19. El art. 11.8 R 2201/2003 establece 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 jurisdiccional 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”.

Este precepto trata de evitar que una resolución de no retorno dictada en virtud del Convenio de La Haya de 1980 –por lo tanto, sin entrar a conocer del fondo del asunto–, perjudique los efectos de una resolución posterior, en la que sí se ha examinado la cuestión de la responsabilidad parental y que lleva implícita la restitución¹¹.

20. Con base en dicho precepto, la primera cuestión planteada por los tribunales lituanos que procede responder es si los tribunales alemanes podían haber expedido el certificado al que se refiere el art. 42 R 2201/2003, a pesar de que los tribunales lituanos habían dictado una resolución que ordenaba la restitución de la menor a Alemania.

21. En este punto debemos tener presentes tres datos expuestos al relatar los hechos que dieron lugar al presente caso. En primer lugar, los tribunales lituanos denegaron la restitución de la menor a Alemania en una resolución de 22 de diciembre de 2006, resolución que fue comunicada a los tribunales alemanes. Tal como indica la Abogado General, los tribunales lituanos dictaron esta resolución cuando habían transcurrido algo más de siete semanas tras la interposición de la demanda, denegación basada en el art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980¹². En segundo lugar, el 15 de marzo de 2007, los tribu-

Aires, 2008, p. 144.

¹¹ Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La sustracción de menores en derecho internacional privado español: algunas novedades que introduce el reglamento 2201/2003”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, núm. 22, p. 318.

¹² 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. Art. 13 Convenio de La Haya de 1980: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que: b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”. Con respecto al art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980, vid., entre otros, D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome II, Partie special, 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. 302-305; P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, pp. 190-194; P. P. MIRALLES SANGRO, “Acerca de la eficacia de los convenios internacionales contra el “secuestro” internacional de menores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2002, núm. 6, pp. 1793-1803. Debe tenerse presente, si bien en la Sentencia del Tribunal de Justicia no se hace alusión a ello, que el art. 11.4 R 2201/2003 dispone que no cabe denegar la restitución de un menor en virtud del art. 13.b) 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”. La doctrina ha apuntado en este sentido que se introduce así, en el ámbito del R 2201/2003, la práctica de los *undertakings* o *engagements* (Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 87-95, pp. 141-142 y p. 160). Sobre la previsión del art. 11.4 R 2201/2003 vid. también COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 40; 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; H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la*

nales lituanos dictaron una nueva resolución en virtud de la cual se ordenaba la restitución de la menor a Alemania, anulándose por lo tanto la anterior decisión de 22 de diciembre de 2006 de no restitución. Sin embargo, el retorno de la menor a Alemania no llegó a producirse debido a diversas ocasiones en las que se suspendió la ejecución de la resolución de 15 de marzo de 2007. En tercer lugar, con fecha 20 de junio de 2007, los tribunales alemanes dictaron la resolución en virtud de la cual se concedía el divorcio y la custodia al padre de la menor, ordenándose el retorno de la menor a Alemania. Dicha resolución de 20 de junio de 2007 es la que se presenta acompañada del certificado del art. 42 R 2201/2003.

22. Parte de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia se basaban en sostener que, habiendo dictado los tribunales lituanos el 15 de marzo de 2007 una resolución que disponía el retorno de la menor a Alemania, los tribunales alemanes no podían expedir el certificado del art. 42 R 2201/2003.

23. En términos generales, indica el Tribunal de Justicia que para la expedición del certificado al que se refiere el art. 42 R 2201/2003 es precisa una previa resolución de no restitución¹³. El Tribunal basa esta conclusión en dos argumentos que se refieren, respectivamente, al art. 11.8 y al art. 42 R 2201/2003:

a) El art. 11.8 R 2201/2003 comienza señalando “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución...”. El Tribunal admite que esta expresión resulta ambigua, por lo que debe ser combinada con el inciso “cualquier resolución judicial posterior”. De hecho, la expresión española “aun cuando” podría plantear dudas sobre si equivale a “se haya dictado o no tal resolución”¹⁴.

Como el mencionado precepto se refiere a “cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor”, se considera que es precisa una relación cronológica, de tal manera que primero sea dictada una resolución de no restitución y, posteriormente, una resolución de restitución¹⁵. Esta misma idea se observa en el Considerando décimo séptimo R 2201/2003 que, con respecto a una resolución en la que los tribunales del Estado miembro –en el que el menor se encuentra como consecuencia de un traslado o retención ilícitos– se oponen a su restitución, señala que “Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos”.

b) El art. 42.2 R 2201/2003 establece las condiciones que deben cumplirse para que los tribunales del Estado miembro de origen del menor, que han dictado la resolución de restitución, puedan expedir el certificado al que el precepto se refiere. Entre dichas condiciones, el apartado c) del mencionado precepto señala que el órgano jurisdiccional tiene que haber tenido en cuenta, para dictar la resolución de restitución, “las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980”. El art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 contempla una

responsabilité parentale, París, 2005, pp. 234-235; 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; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “International Child Abduction in Spain”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 15, 2001, pp. 337-339; P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, p. 529-530; 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, pp. 126-129.

¹³ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, 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 realizado por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 886.

¹⁴ Vid. la Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 68 y nota 20; que precisa que tal interpretación resulta excluida si se lleva a cabo una lectura sistemática de los apartados 6 a 8 del art. 11 R 2201/2003. En la versión inglesa del R 2201/2003 se utiliza en cambio el término “notwithstanding”, en la francesa se emplea “nonobstant”, en la italiana “nonostante” y en la portuguesa “não obstante”.

¹⁵ 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”.

serie de supuestos en los que el Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del menor¹⁶. Así, si el Estado miembro de origen del menor sólo puede emitir el certificado del art. 42 R 2201/2003 habiendo tenido en cuenta los motivos que, en su momento, llevaron a que los tribunales del Estado miembro requerido denegasen la restitución del menor, la resolución de denegación del retorno tiene que ser previa a la resolución en la que se ordena la restitución¹⁷.

24. Por ello, con carácter general, el Tribunal de Justicia señala que “De ello se desprende que el artículo 40, apartado 1, letra b), del Reglamento, es una disposición que únicamente se aplica cuando previamente se ha dictado en el Estado miembro de ejecución una resolución de no restitución”. Si este requisito no se cumple, es decir, si los tribunales del Estado miembro requerido no han dictado en ningún momento una resolución de no retorno, sino que han ordenado la restitución del menor, habría que acudir al art. 28 y ss. del R 2201/2003 para solicitar el efecto ejecutivo de ésta última¹⁸.

25. A continuación el Tribunal de Justicia precisa que, si bien resulta admisible la interpretación que los tribunales lituanos realizaron del art. 42 en relación con el art. 40.1.b) R 2201/2003 —es decir, que la resolución de restitución dictada por los tribunales del Estado miembro de origen debe ser posterior a una resolución de no restitución—, no lo son en cambio las consecuencias que de la misma se pretenden¹⁹. Para ello, el Tribunal de Justicia tiene presente la regulación de los apartados 3 y 6 del art. 11 R 2201/2003. Como ya hemos comentado, el primero de los apartados mencionados indica que el tribunal ante el que se interponga la demanda de restitución “...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...., 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”. Del mismo modo, también se mantiene la nota de celeridad en el procedimiento en el ámbito del art. 11.6 R 2201/2003. Dicho precepto establece que los tribunales del Estado miembro requerido, en caso de dictar una orden de no restitución, deben remitir copia de tal resolución y de los documentos pertinentes en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución.

Considera el Tribunal de Justicia que ambos preceptos tratan de garantizar la restitución inmediata del menor y que el tribunal del Estado miembro de origen puede así evaluar las razones y pruebas que llevaron en su momento al tribunal del Estado miembro requerido a denegar la restitución²⁰.

26. Con base en el efecto útil del R 2201/2003, se señala que el objetivo perseguido, es decir, la restitución del menor, no puede subordinarse a la condición de que se agoten las vías procesales admitidas por el Derecho del Estado miembro requerido²¹. De hecho, afirma el Tribunal de Justicia, la cadena de suspensiones de la ejecución de la resolución de restitución es una prueba de que los plazos de actuación de los tribunales lituanos iban en contra de las exigencias del R 2201/2003²². En este sentido, la Abogado General manifestó que la cadena de suspensiones de la ejecución de la resolución, al haber provocado que la menor continuase en Lituania casi dos años después de la retención, y al cabo de más de quince meses desde la resolución de restitución, resultaba incompatible con los objetivos del Reglamento y del Convenio de la Haya de 1980²³.

¹⁶ 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. 300-306; P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, pp. 186-199; P. P. MIRALLES SANGRO, “Acerca de la eficacia de los convenios internacionales contra el “secuestro” internacional de menores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2002, núm. 6, pp. 1793-1803.

¹⁷ 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”.

¹⁸ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 885.

¹⁹ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 75.

²⁰ *Ibidem*, apartado 78.

²¹ *Ibidem*, apartado 81.

²² *Ibidem*, apartado 87.

²³ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 40. Al respecto, M. SABIDO RODRÍGUEZ apunta que el caso que nos ocupa pone de manifiesto que es necesaria la adop-

Es decir, se considera que resultan irrelevantes los incidentes procesales que tengan lugar en el Estado miembro requerido con posterioridad a que se haya dictado en el mismo una resolución de no restitución²⁴.

27. Como apoyo de tal conclusión, el Tribunal de Justicia cita el tenor literal del art. 11.8 R 22201/2003 ya que, al referirse a que “cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor... será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III...”, se traduce en que “...el órgano jurisdiccional de origen, una vez dictada la resolución de no restitución, puede verse obligado a dictar una o varias resoluciones con objeto de obtener la restitución del menor, lo que incluye los supuestos en los que existe un estancamiento procedimental o fáctico”²⁵.

Con base en el citado precepto podemos nosotros señalar que, como aquél comienza estableciendo 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...”, se entiende que al aludir a “una resolución de no restitución” sin mayor precisión, no resulta relevante que la misma pueda ser recurrida.

28. Como segundo argumento, el Tribunal de Justicia compara el art. 42 con los arts. 33 a 35 R 2201/2003, que se refieren a la declaración de ejecutoriedad que se contempla con carácter general en el Reglamento. Así, precisa el Tribunal de Justicia que el tribunal del Estado miembro de origen puede declarar ejecutiva su resolución de restitución “con independencia de cualquier posibilidad de recurso, ya sea en el Estado miembro de origen o en el de ejecución”, mientras que ello no es posible en el ámbito de los arts. 33 a 35 R 2201/2003²⁶.

29. En esta línea, la Abogado General señala que, cuando el Reglamento ha considerado que una resolución deber ser ejecutiva, así lo ha indicado, por ejemplo en el ámbito de los arts. 28, 36 y 44²⁷. Además, continúa la Abogado General, cabe añadir que el Reglamento no contempla procedimiento de recurso –ni explícito ni implícito– contra la resolución de no restitución que puedan dictar los tribunales del Estado miembro requerido; y que el plazo de un mes para transmitir la copia de la resolución y la documentación pertinente al Estado miembro de origen –transmisión que debe realizarse inmediatamente– inicia su cómputo desde la fecha de la resolución²⁸.

30. Además, la Abogado General señala que el hecho de que la resolución de no restitución sea anulada con posterioridad por los tribunales del Estado miembro requerido, no afecta a los “elementos esenciales”²⁹: a) Ha sido dictada una resolución de no restitución; b) Continúa el menor sin haber regresado al Estado miembro de origen; c) Continúa transcurriendo el tiempo; d) Los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícitos mantienen su competencia para pronunciarse sobre la custodia del menor, lo cual va unido a la facultad de garantizar la presencia efectiva del menor junto a la persona a la que se atribuye su custodia.

31. Por lo tanto, en virtud de los argumentos expuestos, cabe establecer dos primeras conclusiones:

ción de medidas que unifiquen el procedimiento relativo a la restitución de menores, para así “alcanzar y consolidar el espacio regido por los principios de libertad, seguridad y justicia” (vid. 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, p. 1524).

²⁴ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 80. Vid. el comentario de la Sentencia realizado por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 886.

²⁵ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 84.

²⁶ *Ibidem*, apartado 84.

²⁷ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 75. Art. 28 R 2201/2003: “1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado”. Art. 44 R 2201/2003: “El certificado sólo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutivo de la sentencia”.

²⁸ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 76.

²⁹ *Ibidem*, apartado 78.

a) Para que los tribunales del Estado miembro de origen del menor puedan dictar una resolución de restitución que luego pueda beneficiarse de la previsión del art. 42 R 2201/2003, es preciso que ésta sea posterior a una resolución de no restitución de los tribunales del Estado miembro requerido.

b) Basta con que exista en el Estado miembro requerido una resolución de no restitución, sin que sean relevantes los aspectos que hayan podido afectarla posteriormente³⁰.

32. Se ha apuntado así que el Tribunal de Justicia interpreta las disposiciones del Reglamento, relativas al título ejecutivo europeo en materia de restitución de menores, inspirándose en la idea de *in dubio pro executio*, para el caso de disposiciones que no resultan claras³¹.

33. Una vez expuestas las conclusiones mencionadas y, antes de entrar a examinar las condiciones para emitir un certificado en virtud del art. 42 R 2201/2003, consideramos de interés la observación que realiza la Abogado General, con respecto a las actuaciones llevadas a cabo por el padre de la menor tras la resolución de no restitución de 22 de diciembre de 2006. Precisa la Abogado General que, una vez decidida la no restitución el 22 de diciembre de 2006 por los tribunales lituanos, el padre de la menor podía haber acudido a los tribunales alemanes para que dictasen resolución en virtud del art. 11.8 R 2201/2003. En cambio, el padre de la menor optó por acudir a los tribunales lituanos para recurrir la mencionada resolución, lo que dio lugar a la sentencia de 15 de marzo de 2007³². En esta línea, podemos considerar por lo tanto que, ante una resolución de no restitución dictada por los tribunales del Estado miembro en que se encuentra el menor como consecuencia de un traslado o retención ilícitos, la opción más beneficiosa para el solicitante de retorno es acudir a continuación a los tribunales del Estado miembro de origen para que dicten una nueva resolución en virtud del art. 11.8 R 2201/2003 y no, en cambio, plantear un recurso en el Estado miembro requerido³³.

34. Al respecto se ha señalado por la doctrina que, como a los tribunales del Estado miembro requerido no les corresponde la decisión final, el impacto de los recursos que puedan ser interpuestos ante tales tribunales se ve limitado³⁴.

B) El certificado del art. 42 R 2201/2003

35. Hasta ahora nos hemos centrado en la posibilidad de dictar una resolución de restitución en el Estado miembro de origen. A continuación el Tribunal de Justicia se plantea si puede acompañarse aquella del certificado del art. 42 R 2201/2003. Los requisitos para la emisión del certificado se contemplan en el art. 42.2 R 2201/2003 y, tal como indica, la concurrencia de los mismos debe ser apreciada por el tribunal del Estado miembro de origen que ha dictado la resolución de restitución³⁵. Al respecto se ha señalado que ya no nos encontramos ante el método tradicional, dado que “la toma en consideración” de la resolución a la que se pretende dar efecto tiene lugar *a priori* en el Estado miembro de origen³⁶. Así, se

³⁰ Al respecto, se ha señalado 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 2201/2003 (Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 602).

³¹ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 600.

³² Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartados 36 y 37.

³³ En este sentido, 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.

³⁴ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 886.

³⁵ Correspondiendo al tribunal del Estado miembro de origen la valoración de la concurrencia de las circunstancias para emitir el certificado del art. 42 R 2201/2003, se ha señalado que no era necesario que el Tribunal de Justicia entrase a examinar si procedía o no la expedición del mismo, si bien también se ha apuntado que el pronunciamiento del Tribunal al respecto resulta “impecable”. (Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 601.). Esta misma reflexión la realiza el autor mencionado también con respecto a la cuestión del no reconocimiento. Sobre la expedición del certificado del art. 42 R 2201/2003, vid. F. GARAU SOBRINO, “La tardía (y problemática) adaptación del ordenamiento español a los Reglamentos (CE) n.º. 2201/2003 y n.º. 805/2004”, *REDI*, vol. LVIII, 2006, pp. 606-608.

³⁶ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Sustracción de menores y eliminación del *exequatur* en el Reglamento 2201/2003”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 282. Sobre el paso del

ha dicho que en este punto reside la “singularidad” del mecanismo, puesto que es el tribunal del Estado miembro de origen el que debe apreciar la “regularidad de la decisión”³⁷.

36. Los requisitos para la emisión del certificado se refieren, por un lado, a que se hubiera dado posibilidad de audiencia al menor –si procede según su edad o grado de madurez– y a las partes; por otro, el tribunal del Estado miembro de origen debe haber tenido en cuenta las razones y pruebas que, en virtud del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, llevaron al tribunal del Estado miembro requerido a denegar la restitución³⁸. Con respecto al primero de los requisitos mencionados, no se consideró conveniente oír a la menor debido a la edad de la misma. Se cumplió con el trámite de dar a las partes la posibilidad de audiencia dado que, aunque la madre de la menor no compareció, sí se encontraba representada³⁹.

37. Debe tenerse presente que nos encontramos ante un supuesto –traslado o retención del menor– para el que se dan dos soluciones distintas –no restitución según los tribunales del Estado miembro requerido, y restitución según los tribunales del Estado miembro de origen–, por lo que el tribunal del Estado miembro de origen debe acreditar que ha valorado las circunstancias del caso que llevaron a denegar el retorno con anterioridad⁴⁰. Así, se trata de que el tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícitos, disponga de la información necesaria para tomar en consideración las circunstancias que, a los tribunales del Estado miembro en el que el menor se encontraba como consecuencia del traslado o retención ilícitos, les llevaron a resolver en sentido contrario⁴¹.

Por lo tanto, la valoración sobre si procede expedir o no el certificado del art. 42 R 2201/2003 corresponde realizarla a los tribunales del Estado miembro de origen que dictaron la resolución de restitución.

4. La Sección 4 del R 2201/2003 frente a otras vías para lograr la eficacia extraterritorial de la resolución

38. Habiendo sido certificada la resolución de restitución en virtud del art. 42 R 2201/2003 que, como sabemos, se incluye en la Sección 4 del Capítulo III del Reglamento, dispone el apartado prime-

sistema tradicional de control de la resolución en el Estado miembro requerido a su control en el Estado miembro de origen, vid. F. GARAU SOBRINO, “La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva Teoría General del Exequátur?”, *AE-DIPr.*, tomo IV, 2004, pp. 108 y ss.; 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.

³⁷ Vid. P. HAMMJE, “Le règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit “Bruxelles II bis”. Les règles relatives à la reconnaissance et à l’exécution”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005 p. 101.

³⁸ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartado 67. Por lo que se refiere a la audiencia del menor, 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, p. 302; A. GOUTTENOIRE, “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, pp. 201-207; P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, p. 528 y pp. 537-538. Con respecto a la audiencia del solicitante del retorno, vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 46; 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. 252; P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, p. 538; y vid. también 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, quien señala que aquí lo que se plantea es el respeto al derecho a ser oída la petición del demandante. Con respecto al idioma en que debe redactarse el certificado y a si es precisa la traducción del mismo, vid. E. CANO BAZAGA, “El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) N° 2201/2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000”, en S. ADROHER BIOSCA / B. CAMPUZANO DÍAZ (coords.), *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, 2006, p. 42.

³⁹ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartado 42 y nota 15.

⁴⁰ 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*, 2008, p. 289.

⁴¹ 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. 357; 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*, 2008, p. 236.

ro del precepto mencionado que “...será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento...”. Ello nos lleva a continuación a plantear qué relación existe entre esta vía y la de las Secciones 1 y 2 del Reglamento (“Reconocimiento” y “Solicitud de declaración de ejecutoriedad”).

39. Una de las diferencias fundamentales entre la Sección 4 del Capítulo III del Reglamento, por un lado, y las Secciones 1 y 2, por otro, reside en que, si se sigue la vía de la Sección 4 del Capítulo III, no cabrá interponer recurso contra la expedición del certificado –que sólo podrá ser objeto, en su caso, de rectificación– de tal manera que la resolución será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin que sea posible impugnar su reconocimiento y sin que sea precisa declaración de ejecución⁴². El objetivo de esta previsión es que, teniendo en cuenta que en los casos de secuestro internacional de menores es imprescindible actuar con celeridad, no sea empleada la posibilidad de recurrir como maniobra dilatoria⁴³. En cambio, en el ámbito de las Secciones 1 y 2, existen motivos para que los tribunales del Estado miembro requerido denieguen el reconocimiento y el *exequatur* de la resolución del Estado miembro de origen⁴⁴.

40. La cuestión fundamental reside en cómo interpretar el inciso del art. 21.3 R 2201/2003 que establece que “Sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución”. En concreto, la expresión “sin perjuicio” podría interpretarse en dos posibles sentidos: a) el procedimiento de las Secciones 1 y 2 del Capítulo III del Reglamento es alternativo al de la Sección 4 del mismo Capítulo, o b) que prevalece éste último.

El Tribunal de Justicia señala que la fuerza ejecutiva de una resolución que ordena la restitución de un menor con posterioridad a una resolución de no restitución “goza de autonomía procedimental”⁴⁵. El objetivo de la misma es que la restitución del menor no se vea retrasada⁴⁶.

El Tribunal de Justicia considera que el inciso “Sin perjuicio de la sección 4...” del art. 21.3 R 2201/2003, debe interpretarse en el sentido de que la facultad que tiene toda parte interesada para solicitar el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución “...no excluye la posibilidad, cuando se reúnen los requisitos, de recurrir al régimen previsto en los artículos 11.8, 40 y 42 del Reglamento, en el supuesto de una restitución de un menor tras una resolución de no restitución, pues este régimen prevalece sobre el previsto en las secciones 1 y 2 de dicho capítulo III”⁴⁷.

41. Así, según el Tribunal de Justicia, como el certificado emitido por los tribunales alemanes cumple las condiciones del art. 42.2 R 2201/2003 y no se ha cuestionado su autenticidad, los tribunales lituanos sólo pueden constatar la fuerza ejecutiva de la resolución alemana de restitución de la menor. Ello se traduce, por lo tanto, en su retorno a Alemania.

⁴² STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 64.

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. 254.

⁴⁴ Art. 23 R 2201/2003: “Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor; b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido; c) si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución; d) a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona; e) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido; f) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido, o bien g) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56”.

⁴⁵ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 63.

⁴⁶ *Ibidem*, apartado 63.

⁴⁷ *Ibidem*, apartado 65.

42. Como conclusión general, entonces los tribunales del Estado miembro requerido deben valorar una resolución de restitución de un menor, dictada en el ámbito del art. 40.1.b) R 2201/2003, y que ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el art. 42, con base en la Sección 4 del Capítulo III del Reglamento. Así, siendo el certificado auténtico y conteniendo los elementos a los que hace alusión el art. 42 R 2201/2003, un hipotético recurso contra el certificado o una oposición al reconocimiento de la resolución deben ser desestimados en virtud del art. 43.2 R 2201/2003⁴⁸.

43. Se ha señalado que se ve así confirmado uno de los aspectos estructurales del título ejecutivo europeo, consistente en que los tribunales del Estado miembro donde pretende ejecutarse no pueden valorar su expedición, sino sólo ejecutarlo “en las mismas condiciones que si hubiese sido dictada en dicho Estado miembro” (art. 47.2.II R 2201/2003)⁴⁹. Como el procedimiento de ejecución se rige por la Ley del Estado miembro de ejecución (art. 47.1 R 2201/2003), se ha criticado que el paso importante que se ha dado al introducir el mecanismo del art. 42 R 2201/2003 “se vacía en cierto modo de contenido”⁵⁰.

Así, el Tribunal de Justicia no menciona que, a pesar de ser un certificado auténtico y contener los elementos del art. 42 R 2201/2003, cabe oponerse a la ejecución –si bien no en el concreto caso que nos ocupa– con base, por ejemplo, en la incompatibilidad con una resolución ejecutiva dictada con posterioridad (art. 47.2.II R 2201/2003)⁵¹.

5. La solicitud de no reconocimiento

44. Al no ser posible, por lo tanto, solicitar el no reconocimiento de una resolución dictada en el ámbito del art. 40.1.b) R 2201/2003 y que ha sido certificada conforme al art. 42 R 2201/2003, no es preciso responder en el caso que nos ocupa a la cuestión de si cabe instar el no reconocimiento de la misma cuando no ha sido solicitado previamente su reconocimiento.

A) La solicitud de no reconocimiento sin previa solicitud de reconocimiento

45. Cabe precisar que, fuera de los supuestos que se corresponden con el que es objeto de nuestro estudio –resolución de restitución de un menor dictada en el ámbito del art. 40.1.b) y certificada conforme al art. 42 R 2201/2003– el Reglamento sí permite solicitar el no reconocimiento de una resolución

⁴⁸ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartados 88 y 89. Se ha apuntado así que, al no ser admisible la solicitud de no reconocimiento, “se limita el poder dispositivo existente en el régimen de circulación” (Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 601).

⁴⁹ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 600.

⁵⁰ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 145; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA / J. J. FONER DELAYGUA (dirs.), *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 341-365; M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Unification of International Family Law in Europe -A Critical Perspective”, en K. BOELE-WOELKI (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerp-Oxford-Nueva York, 2003, p. 205; 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, p. 604. Al respecto, E. CANO BAZAGA apunta que tiene todavía por delante el legislador comunitario un “largo camino hasta la armonización de la normativa procedimental de los Estados miembros en materia de ejecución” (Vid. E. CANO BAZAGA, “El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) N° 2201/2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000”, en S. ADROHER BIOSCA / B. CAMPUZANO DÍAZ (coords.), *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, 2006, p. 43).

⁵¹ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 600. Vid. también 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; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 145; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA / J. J. FONER DELAYGUA (dirs.), *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 258-360.

sin que previamente se haya instado su reconocimiento⁵². Así lo indica el art. 21.3 R 2201/2003, cuando dispone que “Sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución”. El procedimiento de solicitud de no reconocimiento se regularía por la Sección 2 del Capítulo III del Reglamento⁵³.

Al respecto, el Tribunal de Justicia menciona, además, ciertos factores que pueden llevar a solicitar el no reconocimiento de una resolución, como el interés del menor, la tranquilidad familiar, así como la anticipación de la presentación de pruebas que podrían no poder ser conservadas para su aportación en un futuro⁵⁴.

B) El papel del art. 31.1 R 2201/2003 en una solicitud de no reconocimiento

46. Como en un caso como el que nos ocupa no cabe solicitar el no reconocimiento, tampoco es necesario resolver para el mismo qué papel juega el art. 31.1 R 2201/2003 en el proceso en el que se decide sobre el no reconocimiento. No obstante, sí resulta de interés la respuesta del Tribunal de Justicia para los casos en que se solicita la declaración de ejecutoriedad de una resolución. Según indica el Tribunal de Justicia, este procedimiento tiene carácter ejecutivo y unilateral, encontrándose garantizado el derecho de defensa por el art. 33 R 2201/2003, que contempla la posibilidad de presentar un recurso contra la declaración de ejecutoriedad⁵⁵. En concreto, el art. 33.3 R 2201/2003 precisa que el recurso se sustanciará según las normas que rigen el procedimiento contradictorio.

47. Por lo tanto, y como aspecto final objeto de examen en el presente estudio, debemos indicar que el art. 31 R 2201/2003 está diseñado para que la persona contra la que se solicita la declaración de ejecutoriedad no presente alegaciones en primera instancia, debiendo esperar, si desea plantearlas, a la interposición del recurso. Cuando no se cumple esta condición, es decir, cuando el solicitante es la persona contra la que podía haberse solicitado la declaración de ejecutoriedad, considera el Tribunal de Justicia que la parte demandada sí puede presentar alegaciones⁵⁶. Entiende así el Tribunal de Justicia que se respeta la eficacia de la acción del solicitante, entendiendo que el procedimiento de no reconocimiento implica una apreciación negativa cuya naturaleza exige carácter contradictorio⁵⁷. Es decir, como el objetivo es favorecer la eficacia extraterritorial de la decisión, en caso de solicitar un reconocimiento no se permitirán las alegaciones del demandado; mientras que sí se permitirán las alegaciones del demandado si se solicita el no reconocimiento, para frenar la posibilidad que la resolución resulte ineficaz⁵⁸.

⁵² STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 91.

⁵³ *Ibidem*, apartado 96.

⁵⁴ *Ibidem*, apartado 95.

⁵⁵ *Ibidem*, apartado 101.

⁵⁶ *Ibidem*, apartados 103, 104 y 107.

⁵⁷ *Ibidem*, apartado 105.

⁵⁸ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 602.