OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL
SR. NIILO JÄÄSKINEN
presentada el 22 de septiembre de 2010[1]

I. Introducción

1. Mediante el presente procedimiento prejudicial, se insta al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre la interpretación del Reglamento (CE) nº 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) nº 1347/2000,[2] también denominado «Reglamento Bruselas II *bis*».

2. Dicha petición se presentó en el marco de un recurso interpuesto ante la Supreme Court (Irlanda) por el Sr. McB., padre de tres hijos,[3] contra la resolución de la High Court (Irlanda) de 28 de abril de 2010, debido a que este órgano jurisdiccional había desestimado su solicitud de que se adoptase una resolución o certificación que acreditara que el traslado de los menores al Reino Unido en julio de 2009 por parte de la Sra. E., madre de éstos, era ilícito en el sentido del artículo 2, número 11, del Reglamento nº 2201/2003 y que el padre de los menores era titular de un derecho de custodia en la fecha del traslado. El Sr. McB no está ni ha estado nunca casado con la Sra. E. No existe ninguna resolución judicial que le confiera el derecho de custodia en el sentido del Reglamento nº 2201/2003 respecto de sus hijos comunes.

3. Los órganos jurisdiccionales irlandeses conocen de esta cuestión porque el órgano jurisdiccional inglés al que se dirigió el padre para obtener la restitución de los menores [la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Reino Unido)] le exigió, con arreglo al artículo 15 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980,[4] que obtuviera de las autoridades del Estado de residencia habitual de los menores, Irlanda, una resolución que acreditara que el traslado era ilícito.

4. Con arreglo al Derecho irlandés, el padre natural de los hijos no es titular de pleno derecho de la custodia de éstos, sino que puede obtener un derecho de custodia a raíz de una resolución judicial. El hecho de que los progenitores no casados hayan cohabitado y que

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 388, p. 1.

3 — El representante del Sr. McB. precisó durante la vista que éste aparece mencionado como padre en el certificado de nacimiento del primer hijo, pero no en el de los otros dos hijos comunes del Sr. McB. y de la Sra. E. No obstante, entiendo que las partes no cuestionan la paternidad de los tres menores.

4 — En lo sucesivo, «Convenio de La Haya de 1980».

el padre haya participado activamente en la educación del hijo, como en el presente caso, no le confiere tal derecho. La cuestión prejudicial pretende que se dilucide si el Reglamento nº 2201/2003, interpretado en su caso conforme al artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, [5] se opone a que el Derecho irlandés supedite el derecho de custodia del padre natural a tal resolución.

II. Marco jurídico

A. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*

5. El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [6] (en lo sucesivo, «CEDH») dispone lo siguiente:

«Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

B. *Convenio de La Haya de 1980*

6. El artículo 1 del Convenio de La Haya de 1980 establece:

«La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;

b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.»

5 — Proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1), modificada y dotada de valor jurídico vinculante con ocasión de la adopción del Tratado de Lisboa (DO 2007, C 303, p. 1); en lo sucesivo, «Carta».

6 — Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

7. El artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 dispone:

«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.»

8. El artículo 4 del Convenio de La Haya de 1980 dispone:

«El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.»

9. A tenor del artículo 5 del Convenio de La Haya de 1980:

«A los efectos del presente Convenio:

a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;

b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.»

10. El capítulo III de dicho Convenio se refiere a la restitución del menor y su artículo 8, apartado 1, prevé:

«Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.»

11. El artículo 15 de este mismo Convenio establece:

«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 al demandante para que obtengan una decisión o certificación de esa clase.»

C. *Tratados*

12. El artículo 6 TUE dispone:

«1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.»

[…]

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

13. El artículo 4 TFUE establece:

«1. La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6.

2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

[…]

j) el espacio de libertad, seguridad y justicia».

14. El artículo 81 TFUE prevé:

«1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;

[…]

c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;

[…]

e) una tutela judicial efectiva».

15. El Protocolo (nº 30) sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, dispone en su artículo 1:

«1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma.

2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional.»

D. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

16. El artículo 7 de la Carta establece lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.»

17. El artículo 24, apartado 3, de la Carta dispone:

«Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.»

18. El titulo VII de la Carta contiene las disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta. El artículo 51, titulado «Ámbito de aplicación», prevé:

«1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.»

E. *Reglamento nº 2201/2003*

19. El quinto considerando del Reglamento nº 2201/2003 es del siguiente tenor:

«Con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial.»

20. El decimoséptimo considerando de dicho Reglamento establece:

«En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya

de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor puedan oponerse a su restitución. 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. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, ésta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído.»

21. Del trigésimo considerando del Reglamento nº 2201/2003 resulta que Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte han manifestado su deseo de participar en la adopción y aplicación de este Reglamento.

22. El trigésimo tercer considerando del Reglamento nº 2201/2003 es del siguiente tenor:

«El presente Reglamento reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Concretamente, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de dicha Carta.»

23. El artículo 1 del Reglamento nº 2201/2003 dispone:

«1. El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas:

[…]

b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

2. Las materias consideradas en la letra b) del apartado 1 se refieren en particular:

a) al derecho de custodia y al derecho de visita;

[…]»

24. El artículo 2, números 7, 9 y 11, del Reglamento nº 2201/2003 contienen las siguientes definiciones:

«A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

[…]

7) *responsabilidad parental,* los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita;

[…]

9) *derechos de custodia,* entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia;

[…]

11) *traslado o retención ilícitos de un menor,* el traslado o retención 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.»

25. El artículo 10 del Reglamento nº 2201/2003, titulado «Competencia en caso de sustracción de menores», dispone:

«En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y:

a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención,

o bien

b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,

ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),

iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos,

iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.»

26. El artículo 11 de dicho Reglamento, titulado «Restitución del menor», establece:

«1. Los apartados 2 a 8 será de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al

Convenio de La Haya […] de 1980 […], con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

[…]

3. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado 1 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.

[…]»

27. Los artículos 60 y 62 del Reglamento nº 2201/2003 disponen:

«Artículo 60

Relación con determinados convenios multilaterales

En las relaciones entre los Estados miembros, primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes:

[…]

e) Convenio de La Haya […] de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[…]

Artículo 62

Alcance de los efectos

1. Los acuerdos y convenios mencionados en el apartado 1 del artículo 59 y en los artículos 60 y 61 seguirán surtiendo efectos en las materias que no estén reguladas en el presente Reglamento.

2. Los convenios mencionados en el artículo 60, y en particular el Convenio de La Haya de 1980, seguirán surtiendo efectos entre los Estados miembros que sean partes contratantes de los mismos, respetando el artículo 60.»

F. *Derecho nacional*

28. En virtud del artículo 6A de la Ley de 1964 relativa a la tutela de los menores, [7] «cuando el padre y la madre no hayan contraído matrimonio entre sí, el tribunal podrá, a instancia del padre y mediante resolución, concederle la guarda y custodia del menor». Además, el artículo 11, apartado 4, de la Ley de 1964 [8] dispone:

«En el caso de un menor cuyos padre y madre no hayan contraído matrimonio entre sí, el derecho a formular una petición con arreglo al presente artículo respecto a la custodia del menor y al derecho de visita de su padre o su madre se aplicará asimismo al padre que no tenga la guarda y custodia del menor y, a tal fin, las referencias contenidas en este artículo al padre o progenitor de un menor se entenderán hechas igualmente al padre antes mencionado.»

29. La Ley de 1991 relativa a la sustracción de menores y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia de custodia [9] (en lo sucesivo, «Ley de 1991») dispone en su artículo 15, apartado 1, que un órgano jurisdiccional competente puede declarar que el traslado de los menores fuera de Irlanda constituye, en el caso del traslado o del mantenimiento en un Estado miembro, un traslado o retención ilícitos en el sentido del artículo 2 del Reglamento nº 2201/2003, o es ilícito en el sentido del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980.

III. Hechos en el asunto principal y cuestión prejudicial

30. La madre de los menores cuya custodia es objeto de litigio es de nacionalidad británica. El padre es de nacionalidad irlandesa. Nunca han estado casados, pero han vivido juntos en Inglaterra, Australia, Irlanda del Norte y, a partir de noviembre de 2008, Irlanda. Los principales elementos del marco fáctico y procedimental del litigio pueden resumirse en forma de cuadro sinóptico.

7 — Guardianship of Infants Act 1964, introducido por el artículo 12 de la Ley de 1987 relativa al estatuto de los menores (Status of Children Act 1987).

8 — En su versión modificada por el artículo 13 de la Ley de 1987.

9 — Child Abduction and Enforcement of Custody Orders Act, Nº 6/1991.

Fecha	Irlanda	Reino Unido
2000		Nacimiento de un primer hijo (Inglaterra).
2002		Nacimiento de un segundo hijo (Inglaterra).
2007		Nacimiento de un tercer hijo (Irlanda del Norte).
Noviembre de 2008	Las partes se establecen en Irlanda.	
11 de julio de 2009	La madre se lleva a los hijos a un centro de acogida de mujeres.	
25 de julio de 2009		La madre se lleva a los hijos al Reino Unido.
2 de noviembre de 2009		El padre presenta ante la High Court of Justice (England & Wales), Family Division, una demanda por la que pide a dicho tribunal que ordene la restitución de los hijos a Irlanda, conforme a la legislación del Reino Unido que aplica el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento nº 2201/2003.
20 de noviembre de 2009		El órgano jurisdiccional inglés exige al padre, conforme al artículo 15 del Convenio de La Haya de 1980, que obtenga de la High Court (Irlanda) una resolución o una certificación que acrediten que el traslado de los menores fuera de Irlanda era ilícito en el sentido del artículo 3 de dicho Convenio.

Fecha	Irlanda	Reino Unido
22 de diciembre de 2009	El padre inicia, ante la High Court (Irlanda), un procedimiento con objeto de que se declare, conforme a la legislación irlandesa que aplica el Convenio de La Haya de 1980 y el artículo 15 de éste, que el traslado de los menores fuera de Irlanda en julio de 2009 era ilícito, en el sentido, al mismo tiempo, del artículo 3 de dicho Convenio y del artículo 2 del Reglamento nº 2201/2003. En el mismo procedimiento, el padre solicita a dicha High Court que le confiera la guarda y custodia de los menores. Estas dos últimas cuestiones no han sido aún resueltas por los órganos jurisdiccionales irlandeses.	
28 de abril de 2010	La High Court (Irlanda) resuelve que el ahora recurrente en el asunto principal no tenía ningún derecho de custodia respecto de los menores en el momento del traslado de éstos fuera de Irlanda y que, por consiguiente, dicho traslado no era ilícito, en el sentido del referido Convenio o del mencionado Reglamento.	
	El padre recurre esta sentencia ante la Supreme Court.	
30 de julio de 2010	La Supreme Court plantea una cuestión prejudicial.	

31. En su resolución de remisión, la Supreme Court indica que el padre no tenía ningún derecho de custodia respecto de sus hijos a fecha de 25 de julio de 2009, en el sentido de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980. No obstante, señala que el concepto de «derecho de custodia» se define en adelante, a efectos de las demandas de restitución de menores de un Estado miembro a otro sobre la base de dicho Convenio, en el artículo 2, apartado 9, del Reglamento nº 2201/2003.

32. El órgano jurisdiccional remitente considera que ni las disposiciones del Reglamento nº 2201/2003 ni el artículo 7 de la Carta implican que deba considerarse necesariamente que el padre natural de un niño tiene un derecho de custodia respecto de éste, a efectos de la determinación del carácter ilícito o no del alejamiento del niño, a falta de una resolución judicial que le confiera tal derecho. No obstante, señala que la interpretación de estas disposiciones del Derecho de la Unión compete al Tribunal de Justicia.

33. La Supreme Court decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Impide el Reglamento [nº 2201/2003], tanto si se interpreta con arreglo al artículo 7 de la Carta […] como de otro modo, a un Estado miembro exigir en su ordenamiento jurídico que el padre de un menor que no está casado con la madre deba obtener una resolución de un tribunal competente que le conceda la guarda y custodia de dicho menor con el fin de considerar que tiene un "derecho de custodia" que determina el carácter ilícito del traslado de ese hijo desde su Estado de residencia habitual, a efectos del artículo 2, número 11, de dicho Reglamento?»

IV. Opinión

A. *Sobre la admisibilidad*

34. La Comisión Europea ha aducido la posible inadmisibilidad de la cuestión prejudicial. La República Federal de Alemania ha mencionado igualmente la falta de competencia del Tribunal de Justicia para responder a la cuestión prejudicial. Según el Gobierno alemán, se trata en realidad de la interpretación del Convenio de La Haya de 1980 y no de la interpretación del Reglamento nº 2201/2003. La problemática suscitada atañe también a la articulación entre dicho Convenio y este Reglamento.

35. La Comisión señala que los órganos jurisdiccionales irlandeses conocen, en virtud del artículo 15 de la Ley de 1991, de un recurso interpuesto conforme al artículo 15 del Convenio de La Haya de 1980, con objeto de que se declare que el traslado de los hijos del recurrente en el asunto principal fuera de Irlanda era ilícito en el sentido del artículo 3 de dicho Convenio y del artículo 2 del Reglamento nº 2201/2003.

36. La Comisión alberga dudas acerca de si la cuestión prejudicial se refiere efectivamente a la interpretación del artículo 2, número 11, del Reglamento nº 2201/2003, o más bien concierne a la interpretación de los artículos 1 y 3 del Convenio de La Haya de 1980. Si así fuera, el Tribunal de Justicia no estaría facultado para responder a la cuestión que se le plantea, dado que la Unión no es parte en dicho Convenio, aun cuando todos los Estados miembros sean partes contratantes.

37. Según la Comisión, una interpretación restrictiva queda corroborada por el hecho de que, en el momento en que se inició el procedimiento ante los órganos jurisdiccionales irlandeses, el Reglamento nº 2201/2003 aún no era aplicable.

38. Es preciso recordar en primer lugar que el litigio en cuanto al fondo de que conoce la Supreme Court atañe expresamente a la aplicación del Reglamento nº 2201/2003 y de la Carta, y no a la aplicación del Convenio de La Haya de 1980. El hecho de que el litigio pendiente en el Reino Unido concierna a la aplicabilidad de dicho Convenio nada cambia a este respecto. De este modo, se plantea una cuestión relativa al Derecho de la Unión que no es hipotética ni irrelevante para el órgano jurisdiccional remitente.

39. En segundo lugar, quisiera recordar que el Convenio de La Haya de 1980 no forma parte, como tal, el ordenamiento jurídico de la Unión y que, por tanto, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretarlo. [10]

40. No obstante, en virtud de las disposiciones del Tratado, la Unión es competente para legislar sobre las cuestiones relativas a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental. [11] En particular, el artículo 1 del Reglamento nº 2201/2003 establece que dicho Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, de modo que cubre el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980. Sólo mediante la combinación de los artículos 60 y 62 del Reglamento nº 2201/2003 el legislador restableció los efectos de dicho Convenio declarándolo aplicable en las relaciones entre los Estados miembros para las cuestiones no reguladas por dicho Reglamento. En efecto, el Reglamento nº 2201/2003 primará sobre el Convenio de La Haya de 1980 en la medida en que dicho Convenio afecte a materias reguladas por el Reglamento, pero el Convenio de La Haya de 1980 continúa produciendo sus efectos en las materias no

10 — Los Estados miembros son partes contratantes en este Convenio, pero la Unión no lo es. Para un resumen reciente de la jurisprudencia, véase la sentencia de 4 de mayo de 2010, TNT Express Nederland (C-533/08, Rec. p. I-4107), apartados 58 a 61.

11 — El Reglamento nº 2201/2003 cita como base jurídica el artículo 61 CE, letra c) [que se remite al artículo 65 CE] y el artículo 67 CE, apartado 1; tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, véase el artículo 81 TFUE.

reguladas por dicho Reglamento. [12] Por tanto, el legislador optó por remitirse a las disposiciones de un instrumento existente de Derecho internacional público en vez de adoptar disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la misma materia.

41. La necesidad de incluir en el proyecto de Reglamento nº 2201/2003 disposiciones que versaban sobre la misma materia que el Convenio de La Haya de 1980 era una cuestión controvertida en la época. [13] El Reglamento nº 2201/2003, tal como se adoptó, cubre una multitud de situaciones relativas a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental. Según dicho Reglamento, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, el Convenio de La Haya de 1980 «debe seguir aplicándose […] tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11». [14]

42. Aunque el artículo 11 del Reglamento nº 2201/2003 parezca supeditar la aplicabilidad de dicho Reglamento a la comprobación de la aplicabilidad del Convenio de La Haya de 1980, no cabe duda de que, en lo que atañe a los traslados entre los Estados miembros, el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento nº 2201/2003 están inextricablemente vinculados en cuanto a su aplicación.

43. Además, en la medida en que se utiliza una definición similar tanto en el Convenio de La Haya de 1980 como en el Reglamento nº 2201/2003, procede considerar que tal formulación ha sido «comunitarizada» y que el Tribunal de Justicia puede interpretarla. [15] Así ocurre, por ejemplo, en lo que atañe a la cuestión de si un traslado o retención es lícito o no, lo cual se define en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 y en el artículo 2, número 11, del Reglamento nº 2201/2003. No obstante, debe señalarse que existen ciertas diferencias entre este Reglamento y dicho Convenio. [16]

44. Por consiguiente, puesto que la remisión prejudicial tiene efectivamente por objeto la interpretación del Derecho de la Unión Europea, propongo al Tribunal de Justicia que declare la admisibilidad de la cuestión.

12 — Véanse los artículos 60 y 62 del Reglamento nº 2201/2003.

13 — Véase, en particular, McEleavy, P., «The New Chile Abduction Regime of the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?», *Journal of Private International Law,* abril de 2005, p. 5.

14 — Véase el decimoséptimo considerando del Reglamento nº 2201/2003.

15 — Véase Borrás, A., «Protection of Minors and Child Abduction under the Hague Conventions and the Brussels II *bis* Regulation», *Japanese and European Private International Law in Comparative perspective,* dirigido por Basedow, J., y otros, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 345.

16 — Por ejemplo, en lo que atañe a las tres formas de atribución del derecho de custodia, en dicho Convenio vienen precedidas de la expresión «en particular», que da a entender que la lista se enuncia con carácter meramente ilustrativo, mientras que según la redacción del Reglamento nº 2201/2003 la misma lista parece ser exhaustiva.

B. *Sobre el fondo*

que le permitirían oponerse al traslado de los menores, procede concluir que el traslado de los menores fuera de Irlanda y su retención en el Reino Unido no eran ilícitos en el sentido del artículo 2, número 11, del Reglamento nº 2201/2003.

1. Interpretación del artículo 2, número 11, letra a), del Reglamento nº 2201/2003

45. Deseo señalar que el artículo 2, número 11, letra a), de dicho Reglamento establece que la expresión «traslado o retención ilícitos de un menor» significa el traslado o la retención de un menor cuando «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». La expresión «derecho de custodia», conforme al artículo 2, número 9, del mismo Reglamento, comprende «los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia».

46. Al igual que la Supreme Court y la Comisión, estimo que el tenor literal de estas dos disposiciones no plantea ninguna duda ni ambigüedad en cuanto a su interpretación: corresponde claramente a la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención determinar si dicho traslado o retención es ilícito o no. Puesto que la Supreme Court ha dictaminado con claridad que el padre no era titular de un derecho de custodia conforme al Derecho irlandés y que no podía ampararse en las disposiciones

47. La clara distinción entre la atribución casi automática o no del derecho de custodia al padre en función de la circunstancia de que esté o no casado parece bastante generalizada en los Estados miembros.

48. A este respecto, cabe mencionar un reciente informe que analiza la atribución de la «responsabilidad parental» en determinados países miembros del Consejo de Europa.[17] Dado que este informe examina la cuestión de la «responsabilidad parental», debe señalarse que ésta no es necesariamente lo mismo que el derecho de custodia a que se refiere el Reglamento nº 2201/2003. En cualquier caso, el profesor Lowe constata que «todos los Estados miembros examinados confieren una responsabilidad parental conjunta a los progenitores de niños nacidos dentro del matrimonio y la responsabilidad parental a las madres de niños nacidos fuera del matrimonio».

17 — Véase el informe del profesor Lowe, N., «Une étude sur les droits et le statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation», Consejo de Europa, Estrasburgo, 25 de septiembre de 2009, CJ-FA(2008) 5, p. 32. Este informe engloba una treintena de países, a saber, casi todos los Estados miembros de la Unión y un determinado número de los demás países miembros del Consejo de Europa.

Ello corresponde a las recomendaciones en este mismo sentido formuladas por determinados instrumentos internacionales.

49. Para los hijos nacidos de parejas no casadas, la situación es diferente y bastante diversa. En once países, una vez establecida la paternidad, mediante reconocimiento o resolución judicial, los dos progenitores gozan de una responsabilidad parental conjunta. Sin embargo, en otros once países, esto no es suficiente. El padre debe tomar otras medidas para obtener la responsabilidad parental (por ejemplo, casándose con la madre, celebrando un acuerdo con ésta u obteniendo una resolución judicial). Esta divergencia de enfoques se refleja en la divergencia de los instrumentos internacionales sobre esta cuestión. [18]

50. Por consiguiente, la legislación irlandesa, que parece cercana al segundo grupo mencionado, no resulta en absoluto excepcional.

51. En conclusión, el Reglamento nº 2201/2003 no establece las condiciones de atribución del derecho de custodia, aunque refiera la resolución judicial, la atribución por ministerio de la ley y un acuerdo con efectos jurídicos como las tres formas de adquirirla, omitiendo la expresión «en particular», mencionada por el Convenio de La Haya de 1980, [19] lo que permite considerar que la lista es aquí exhaustiva. El Reglamento nº 2201/2003 no determina qué progenitor debería tener el derecho de custodia. Esta cuestión tampoco se rige por el Convenio de La Haya de 1980. Es una cuestión que compete al Derecho nacional.

52. Por último, el artículo 2, número 11, del Reglamento nº 2201/2003 contiene también una norma de conflicto de leyes. Dicho artículo determina la ley aplicable a la definición del derecho de custodia en el contexto de la sustracción ilícita de menores. Entre las diferentes posibilidades, este Reglamento ha optado por «la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención». A este respecto, y para la aplicabilidad del Reglamento nº 2201/2003, cualquier otro derecho de custodia que pudiera adquirirse en un país distinto de aquel en que la familia había residido parece carecer de efecto.

18 — El profesor Lowe se pregunta en su informe citado si no convendría armonizar el tratamiento de las parejas casadas o no casadas en el futuro, pero en la actualidad no ocurre así.

19 — Para el Convenio de La Haya de 1980, la precisión de la expresión «en particular» parece tener una genuina relevancia: «Del mismo modo, las fuentes de las que puede proceder el derecho de custodia que se pretende proteger son todas aquellas que puedan fundamentar una reclamación en el marco del sistema jurídico en cuestión. Al respecto, el apartado 2 del artículo 3 considera algunas de esas fuentes –las más importantes sin duda– pero subrayando el carácter no exhaustivo de la enumeración […]. Ahora bien, como se verá en los párrafos siguientes, las fuentes elegidas cubren un amplio abanico jurídico; por tanto, la precisión de su carácter parcial debe ser entendida sobre todo como tendente a favorecer una interpretación flexible de los conceptos utilizados, que les permita abarcar el máximo posible de hipótesis». Véase el informe explicativo de Pérez-Vela, E., *Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión (1980),* Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, tomo III, p. 446, apartado 67 (el informe explicativo puede consultarse en la dirección http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf).

2. ¿Existe un derecho de custodia «imperfecto» («inchoate right») en el Derecho de la Unión para el padre natural?

53. El principal argumento del padre parece ser el siguiente: a pesar de la legislación irlandesa, se le debería reconocer un derecho de custodia «imperfecto», susceptible de ser declarado («inchoate right»). [20] A su juicio, el Derecho de la Unión debería reconocer ese derecho al padre natural que ha cohabitado con la madre y que, por ende, ha aceptado participar en las responsabilidades de la vida familiar a semejanza de un padre casado. A su entender, tal derecho se basa en el artículo 8 del CEDH y en los artículos 7 y 24, apartado 3, de la Carta. En apoyo de su tesis, refiere en particular una serie de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

54. En lo que atañe a la Carta, procede recordar dos aspectos esenciales. Es cierto que la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, pero las disposiciones de la Carta no amplían en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. [21] Si el Tratado no otorga a la Unión la competencia para legislar sobre las condiciones de fondo del derecho de custodia, la Carta tampoco lo permite. [22]

55. Llegado el caso, puede ser objeto de control la compatibilidad de las condiciones de reconocimiento del derecho de custodia al padre en relación con el CEDH. A este respecto, cabe formular tres observaciones.

56. En primer lugar, es evidente que el Tribunal de Justicia vela por el respeto de los derechos fundamentales, entre ellos los que garantiza el CEDH, [23] pero ejerce esta función en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. No obstante, en su estado actual, la Unión no es competente para legislar sobre la cuestión de la atribución del derecho de custodia. Las competencias de la Unión, aun cuando sean múltiples, no comprenden las cuestiones de derecho material de que se trata en el presente asunto, es decir, qué persona debe tener el derecho de custodia. [24]

57. Dado que las condiciones de fondo de la atribución del derecho de custodia no se rigen en absoluto por el Derecho de la Unión, de ello resulta que no existe un vínculo entre el Derecho de la Unión y el CEDH en el presente caso.

58. No obstante, en el supuesto de que las condiciones de atribución del derecho de custodia según la legislación de un Estado miembro se revelaran contrarias al CEDH, entiendo que no cabría excluir que tal circunstancia tuviera consecuencias en cuanto a la aplicación del Reglamento nº 2201/2003.

20 — No es fácil hallar una traducción precisa para la expresión «inchoate right». Me parece, no obstante, que el término utilizado en la base de datos del Convenio de La Haya de 1980 («derechos de custodia imperfectos») no comprende exactamente lo que el Sr. McB. apunta en el presente caso.

21 — Véase el artículo 6 TUE, apartado 1.

22 — Véase el artículo 51, apartado 1, de la Carta.

23 — Véase el artículo 6 TUE, apartado 3.

24 — Por lo demás, señalo que el Tratado prevé en lo sucesivo la adhesión de la Unión al CEDH, en el artículo 6 TUE, apartado 2. El mismo apartado subraya, a semejanza de lo dispuesto en el apartado precedente, que esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

En particular, la obligación de otro Estado miembro de reconocer las resoluciones relativas a la atribución del derecho de custodia debería, en su caso, ser analizada por el Tribunal de Justicia.

59. Quisiera asimismo examinar, a mayor abundamiento, algunos aspectos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos evocados por el Sr. McB., padre de los niños.

60. La jurisprudencia citada por el Sr. McB. parece referirse a la atribución del derecho de custodia y los límites que le impone el Derecho nacional, en particular en lo que atañe a los padres solteros. Así, en el asunto Zaunegger c. Alemania, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos constató una violación del CEDH por parte de la República Federal de Alemania. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que las condiciones muy restrictivas en la legislación alemana para la atribución del derecho de custodia al padre soltero, que otorgan un derecho de veto absoluto a la madre, no eran compatibles con el CEDH. [25]

61. Me parece que las circunstancias del asunto Guichard c. Francia son muy próximas a las del asunto que nos ocupa. [26]

62. En dicho asunto, el padre había alegado la violación del CEDH ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 se desprende que las Autoridades Centrales deben adoptar todas las medias adecuadas para garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados ilícitamente. Dicho Convenio establece a este respecto que se considerará «ilícito» un traslado que se haya producido infringiendo un «derecho de custodia», que comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. El Convenio de La Haya precisa en particular, en su artículo 3, que el derecho de custodia puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho. Así ocurría efectivamente en el caso examinado, puesto que, en la fecha del traslado del menor de Francia a Canadá, las disposiciones francesas atribuían de pleno derecho a la madre el ejercicio de la autoridad parental (que implica un derecho de custodia) y tanto el padre como la madre habían reconocido al hijo natural de ambos. En estas circunstancias, el traslado no podía considerarse «ilícito» en el sentido del Convenio de La Haya de 1980. Por tanto, el demandante, que no era titular del «derecho

25 — TEDH, sentencia Zaunegger c. Alemania de 3 de diciembre de 2009 (demanda nº 22028/04). Sobre esta base, el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) ha declarado recientemente que la legislación alemana al respecto es contraria a la Constitución alemana (sentencia de 21 de julio de 2010, 1 BvR 420/09).

26 — TEDH, sentencia Guichard c. Francia de 2 de septiembre de 2003 (demanda nº 56838/00).

de custodia» en el sentido del Convenio de La Haya de 1980, no podía ampararse en dicho Convenio.

63. Habida cuenta de estas consideraciones, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos estimó que, en el asunto de que conocía, el artículo 8 del CEDH, interpretado a la luz del Convenio de La Haya de 1980, no imponía a las autoridades francesas obligaciones positivas dirigidas a garantizar la restitución del menor. No obstante, se declaró la inadmisibilidad del asunto, debido a que el padre no había agotado todas las vías jurídicas internas antes de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

64. Todos los asuntos mencionados tienen en común que la demanda dirigida a obtener la autorización de ejercer las prerrogativas resultantes del derecho de custodia había sido desestimada por las autoridades nacionales.

65. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, en el momento del traslado, el padre ni siquiera había presentado una demanda para que se le concediera el derecho de custodia, pese a que la legislación nacional prevé esta posibilidad. Quisiera indicar asimismo que la madre no podría impedir la atribución de tal derecho al padre si el órgano jurisdiccional nacional competente se pronunciara en ese sentido.

66. A falta de una resolución nacional que deniegue el derecho de custodia al Sr. McB., ni siquiera es posible plantearse la existencia de una eventual infracción del CEDH.

67. En aras de un examen completo, no obstante, estimo que las condiciones de concesión del derecho de custodia no me parecen contrarias a los derechos garantizados por el CEDH. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no corrobora en modo alguno la afirmación del Sr. McB. según la cual es contrario al CEDH considerar que los derechos de un padre natural relativos a la responsabilidad parental no existen de pleno derecho, incluso en los casos de cohabitación, sino que dependen de una atribución mediante resolución judicial (o, en su caso, en virtud de un acuerdo). Pues bien, del CEDH no se deduce ningún derecho de custodia en beneficio del padre. Éste tiene únicamente el derecho a obtener la atribución de tales derechos en igualdad de condiciones con la madre en la medida en que ello sea compatible con el interés del menor.

68. En lo que atañe más concretamente a la protección de la vida familiar, que el padre invoca y que se menciona en el artículo 7 de la Carta, tal aspecto ha sido analizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el punto de vista vertical, es decir, en el marco [27] de las intervenciones de las autoridades que afectan a dicha protección en el seno

27 — Quisiera recordar que el Sr. McB. no figura en el certificado de nacimiento de dos de los tres menores de que se trata.

de una familia. [28] Ahora bien, el contexto en el que el padre lo invoca aquí es completamente distinto: se trata ahora de la perspectiva horizontal de las relaciones entre los miembros de la familia y no de las relaciones con las autoridades irlandesas, a las que no acudió el padre para obtener la protección de su derecho fundamental a la protección de la vida familiar según las modalidades previstas por la legislación aplicable, o para obtener la atribución del derecho de custodia. En realidad, el Sr. McB. solicita al Tribunal de Justicia que éste realice una interpretación según la cual el padre podría obtener del CEDH un derecho de custodia imperfecto [o implícito], desconocido en el Derecho del Estado miembro de que se trata, oponible *ex post* a la madre y que limite así, *ex post,* el derecho de custodia de ésta, reconocido en el Derecho del Estado en cuestión. Eso no es posible. La interpretación que solicita el Sr. McB., padre de los menores, equivaldría a aplicar directamente el CEDH frente a un particular.

69. Por lo demás, reconocer al padre natural un derecho de custodia «imperfecto» [o implícito] *ex post,* plantearía diversos problemas. En primer lugar, tal disposición supondría un obstáculo potencial para la libre circulación de personas que, según el tratado, también se aplica a la madre. La madre ya no podría decidir libremente sobre el lugar de residencia del menor y, por consiguiente, sobre su propia residencia. Asimismo, la persona de que se trata, es decir, la madre, no podría conocer su propia situación jurídica exacta.

70. Por último, tal derecho de custodia «imperfecto» [o implícito] derivado únicamente de la paternidad biológica, incluso en el contexto de la cohabitación de hecho, sin un fundamento jurídico claro y comprobable como pueda ser un acta del registro civil o un documento administrativo o judicial relativo a la existencia de esa condición jurídica (de pleno derecho o en virtud de una resolución judicial o de un acuerdo vigente en relación con el derecho de custodia) no sería tampoco compatible con la exigencia de la claridad necesaria para la seguridad jurídica a efectos de la correcta aplicación del Reglamento nº 2201/2003 por parte de las autoridades judiciales y administrativas de los Estados miembros. A mi entender, exigir esta claridad en lo que atañe a las relaciones jurídicas entre los progenitores y los menores es plenamente compatible con el derecho fundamental del menor a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, previsto en el artículo 24, apartado 3, de la Carta, y que, a su vez, se menciona en el trigésimo tercer considerando del Reglamento nº 2201/2003.

71. Volviendo al objeto mismo de la petición de decisión prejudicial, quisiera recordar, para terminar, en lo que atañe al Derecho de la Unión, que no se trata aquí de determinar si el padre debería tener o no el derecho de custodia, ni de determinar en qué condiciones y de qué manera puede atribuirse el derecho de custodia. La finalidad de este procedimiento ante el Tribunal de Justicia consiste en interpretar las condiciones que deben reunirse para la aplicación del Reglamento nº 2201/2003 en caso de supuesta sustracción de menores.

28 — Véase el artículo 7, apartado 2, del CEDH y, por ejemplo, TEDH, sentencia A.W. Khan c. Reino Unido de 12 de enero de 2010 (demanda nº 47486/06).

V. Conclusión

72. En virtud de las anteriores consideraciones propongo al Tribunal de Justicia responder como sigue a la cuestión prejudicial planteada por la Supreme Court:

«El Derecho de la Unión no se opone a que, a efectos del artículo 2, número 11, del Reglamento (CE) nº 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) nº 1347/2000, para demostrar que se ha producido una 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, la legislación de un Estado miembro exija que el padre de un menor que no esté casado con la madre de éste obtenga del órgano jurisdiccional competente una resolución que le conceda la guarda y custodia de dicho menor de modo que se le reconozca un "derecho de custodia" en el sentido del artículo 2, número 11, del mencionado Reglamento.»