

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: LA INTEGRACIÓN EN EL NUEVO MEDIO

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD: SETTLEMENT IN A NEW ENVIRONMENT

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

*Profesora titular interina de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 15.07.2016 / Aceptado: 04.08.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3254>

Resumen: Este trabajo trata sobre el interés superior del menor en los casos de sustracción internacional. El art. 12 del Convenio de La Haya de 1980 establece que, si el procedimiento de restitución ha comenzado cuando ha transcurrido un período de tiempo superior a un año y el menor se encuentra integrado en su nuevo medio, la autoridad competente no está obligada a ordenar el retorno del menor. Si no se cumplen las condiciones del art. 12, la integración del menor en el nuevo medio debería ser tomada en consideración por la autoridad que ostente la competencia para decidir sobre el derecho de custodia.

Palabras clave: interés superior del menor, integración en el nuevo medio, sustracción internacional, Convenio de La Haya de 1980.

Abstract: This article deals with the best interests of the child in cases of international abduction. Article 12 of the 1980 Hague Convention states that, if a proceeding has been commenced after the expiration of a period of one year and the child is now settled in its new environment, the authority having jurisdiction may not order the return of the child. If the conditions of Article 12 are not fulfilled, the settlement in a new environment should be taken into account by the authority having jurisdiction in matters of rights of custody.

Keywords: best interests of the child, settlement in a new environment, international child abduction, 1980 Hague Convention.

Sumario: I. Introducción. II. El interés superior del menor ante el Tribunal Constitucional español. 1. Antecedentes. 2. La ponderación del principio del interés superior del menor. 3. La valoración de las circunstancias actuales del menor. A) La aplicación al caso del Convenio de La Haya de 1980. B) Custodia versus patria potestad. C) La integración del menor. III. El interés superior del menor y su integración: la diferencia entre el procedimiento de restitución del Convenio de La Haya de 1980 y el procedimiento sobre el fondo del asunto. 1. El cómputo del plazo de un año en el Convenio de La Haya de 1980. 2. El procedimiento sobre el fondo del asunto. A) El procedimiento sobre el fondo del asunto en los casos de sustracción intracomunitaria. B) El procedimiento sobre el fondo del asunto en los casos de sustracción no intracomunitaria. IV. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo versa sobre el concepto de *interés superior del menor*, en los casos en que éste ha sido objeto de sustracción internacional por parte de uno de sus progenitores.

Para ello, se examinará el valor asignado a dicho *interés superior* cuando España es el país en que se encuentra el menor, como consecuencia de un traslado o retención ilícitos.

2. Será utilizado como punto de partida el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español de 1 de febrero de 2016, relativo a una sustracción internacional incluida en el ámbito de aplicación del *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980* (en adelante, Convenio de La Haya de 1980)¹.

A continuación, en el artículo se examinará la diferencia entre el procedimiento de restitución del Convenio de La Haya de 1980 y el procedimiento posterior, relativo al fondo del asunto. Para ello, se valorará qué tribunales son competentes para conocer del procedimiento relativo al fondo del asunto y el papel que juega la integración del menor en estos diferentes procedimientos, a la hora de tomar una decisión que valore el interés superior del menor.

II. El interés superior del menor ante el Tribunal Constitucional español

1. Antecedentes

3. En su Sentencia de 1 de febrero de 2016, el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre el caso de una menor que fue trasladada desde Suiza a España².

La menor, nacida a finales del año 2009, llegó a España acompañada de su madre en el verano de 2013, solicitando el padre su restitución a Suiza el 7 de noviembre de 2013.

Como consecuencia de la inhibición del Juzgado de Primera Instancia, conoció de la solicitud de restitución el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Dicho Juzgado desestimó la solicitud de restitución de la menor, que el padre había presentado en virtud del Convenio de La Haya de 1980.

4. La decisión del Juzgado se basó en los siguientes extremos³:

- se consideró acreditada la residencia habitual de la menor en Suiza,
- se apreció la concurrencia del motivo de denegación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980,
- se consideró que existía una vinculación entre la estancia de la menor en España, las razones de la llegada de la madre y su negativa a regresar a Suiza, y
- se admitió que la restitución implicaría un riesgo mientras no existiera un pronunciamiento de los órganos judiciales en el ámbito penal.

5. Ante los tribunales suizos se solicitaron por el padre medidas provisionales, siendo atribuida la guarda y custodia al padre, en diversas resoluciones recaídas entre septiembre de 2013 y junio de 2014.

6. Los tribunales españoles dictaron varias resoluciones a lo largo del año 2014, atribuyendo provisionalmente la guarda y custodia a la madre, con sujeción de la menor a la patria potestad de ambos progenitores; se concedió al padre el derecho de visita y se prohibió la salida de la menor de España sin el consentimiento expreso de ambos progenitores o, faltando éste, se exigió autorización judicial como requisito para la salida.

7. Se recibió en España, además, una solicitud de exequátur de las resoluciones suizas dictadas en 2013, siendo la solicitud desestimada en junio de 2014.

8. En segunda instancia, la Audiencia Provincial ordenó la restitución inmediata de la menor a Suiza, siendo destacables los siguientes extremos de dicha resolución⁴:

¹ Ratificado por Instrumento de 28 de mayo de 1987 (*BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987, pp. 26099; rect. *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1989; *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1996, p. 2144).

² STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16).

³ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Antecedentes, Apartado Segundo.

⁴ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498).

- se consideró que existía una retención ilícita, al ser el padre cotitular de la patria potestad y no haber existido consentimiento a la retención por su parte. La Audiencia Provincial estimó que el consentimiento del padre se refería al desplazamiento y estancia temporal en España de la menor durante el período vacacional y no, en cambio, al establecimiento definitivo de madre e hija en territorio español⁵,
- se entendió que no cabía apreciar la concurrencia de la situación a la que se refería el art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980, tras la valoración de diversos elementos (informes médicos, la denuncia presentada por la madre ante la Policía el 4 de agosto, el informe forense del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la declaración del padre ante las autoridades suizas y diversas resoluciones de las autoridades españolas)⁶,
- se indicó que el interés superior del menor constituye el principio base de todo el derecho relativo a los menores⁷.

9. En el ámbito penal, por lo que respecta al procedimiento en España (ya que también se llevaron a cabo actuaciones en este ámbito en el extranjero), cabe destacar la inhibición del Juzgado de Primera Instancia en favor del Juzgado de Violencia de la Mujer, la denegación de dos solicitudes de orden de protección formuladas por la madre y un sobreseimiento. A continuación se procedió a la reapertura de actuaciones, sin haber recaído sentencia en la fecha del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

2. La ponderación del principio del interés superior del menor

10. El recurso de amparo se encuentra dirigido, fundamentalmente, contra el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2015⁸. El Tribunal Constitucional entró a valorar la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión alegada por la madre, que consideraba que había existido falta de motivación, concretada en⁹:

- contradicción con otras resoluciones judiciales,
- falta de ponderación de la situación actual de la menor a la hora de valorar el interés superior de la misma, y
- discrepancia, a los efectos de determinar la concurrencia del motivo de denegación del retorno del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980, a la hora de valorar la denuncia interpuesta por la madre por violencia doméstica.

11. El Tribunal Constitucional español comienza señalando que la adecuación constitucional de la motivación de la resolución objeto de amparo ha de ser valorada en función del principio del interés superior del menor. Así, dicho interés ha de presidir la decisión a tomar por los jueces, debiendo ponderarlo con el interés de los progenitores, ya que, si bien éste es de menor rango, no ha de ser menospreciado¹⁰.

Al respecto, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece en su art. 3.1¹¹: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁵ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498), Razonamiento Jurídico Quinto. El consentimiento, tal como indica C. MARÍN PEDREÑO, ha de ser “claro e inequívoco” (Vid. C. MARÍN PEDREÑO, *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*; Málaga, Editorial Ley 57, 2015, p. 57).

⁶ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498), Razonamiento Jurídico Sexto.

⁷ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498), Razonamiento Jurídico Sexto.

⁸ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498).

⁹ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Cuarto.

¹⁰ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Sexto.

¹¹ *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE* núm. 313, de 31 de diciembre 1990, p. 38897.

12. Con respecto a dicho principio, el Tribunal Constitucional recuerda que la fundamentación de las resoluciones se considera lesiva, desde una perspectiva constitucional, si en la resolución se observa una absoluta falta de ponderación del principio del interés superior del menor¹².

13. Así, el principio del interés superior del menor se traduce en las siguientes obligaciones de los órganos judiciales¹³:

- a) se encuentran obligados a llevar a cabo un juicio de ponderación,
- b) dicho juicio ha de constar expresamente en la resolución,
- c) han de identificarse los bienes y derechos en presencia y que afectan a las distintas partes implicadas, para así poder realizar una valoración de la medida que se adopte, en el sentido de si resulta necesaria y proporcionada.

14. Se procede así a comprobar si en la motivación de la resolución de la Audiencia Provincial se ha llevado a cabo, de manera expresa, un juicio de ponderación que, en el caso concreto, identifica el interés superior del menor¹⁴. En el caso objeto de estudio, ello se traduce en valorar, fundamentalmente, las dos siguientes cuestiones¹⁵:

- a) las circunstancias actuales del menor, a la hora de ponderar su interés superior para detener la restitución inmediata al país de origen,
- b) la concurrencia del motivo de denegación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980.

De las dos cuestiones mencionadas, vamos a referirnos principalmente a la primera de ellas, al ser la relativa al interés superior del menor.

3. La valoración de las circunstancias actuales del menor

15. Las circunstancias actuales del menor, en un caso de sustracción internacional por uno de sus progenitores, han de ser valoradas a los efectos de poder determinar si, en interés del mismo, cabe ordenar la restitución del menor a su país de origen (principio general del Convenio de La Haya de 1980) o bien procede denegar su retorno (con carácter excepcional)¹⁶.

A) La aplicación al caso del Convenio de La Haya de 1980

16. Procede la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 a este supuesto, dada la concurrencia de los siguientes elementos:

- la menor tiene una edad inferior a dieciséis años (art. 4),
- tanto el país de residencia habitual de la menor previo a la sustracción (Suiza), como el país en el que se encuentra la menor (España), son ambos Estados parte en el Convenio¹⁷,

¹² El Tribunal Constitucional se remite en el Fundamento Jurídico Sexto a la STC (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2014 (RTC 2014\138) que, en el Fundamento Jurídico Quinto comienza estableciendo que: “La citada fundamentación de los órganos judiciales, examinada desde el canon de razonabilidad..., reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del art. 39 CE..., debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir sobre la extensión del derecho de comunicación y visita de los abuelos con los nietos”.

¹³ El Tribunal Constitucional se remite en el Fundamento Jurídico Sexto a la STC (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008\176).

¹⁴ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Séptimo.

¹⁵ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Noveno.

¹⁶ 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, Dalloz, 2005, p. 232.

¹⁷ Pueden ser consultados los Estados parte en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (fecha de consulta: 11 de julio de 2016).

- existe una retención ilícita, dado que el progenitor que solicita la restitución (el padre de la menor), era cotitular del derecho de custodia -en el sentido del Convenio de La Haya de 1980- con arreglo al Derecho suizo (Derecho del país de residencia habitual previa a la sustracción) y este derecho de custodia se ejercía de manera efectiva (art. 3).

B) Custodia versus patria potestad

17. En el ámbito de la valoración de las circunstancias del menor en un caso de sustracción internacional, vamos a referirnos al concepto de *derecho de custodia* que maneja el Convenio de La Haya de 1980.

18. En su art. 5, el Convenio de La Haya de 1980 define el concepto de custodia como “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”.

A la hora de aplicar el Convenio de La Haya de 1980, ha de tenerse presente que los Derechos internos de los Estados parte en el mismo pueden referirse, bajo el término *derecho de custodia*, a distintos conceptos. Ello resulta relevante, dado que la atribución del derecho de custodia (en el sentido del Convenio), ha de ser valorada, según dispone el art. 3 del Convenio, con arreglo al Derecho del país de residencia habitual del menor, previa a la sustracción. Es decir, es preciso determinar, conforme al Derecho del país de origen del menor, si el progenitor que solicita su restitución es titular (separada o conjuntamente), del derecho relativo al cuidado del menor y, “en particular”, del derecho a decidir sobre su lugar de residencia. Lo relevante es ser titular de tales derechos, con independencia de la denominación que reciban, conforme al Derecho del país de residencia habitual del menor, previa a la sustracción.

19. En el caso objeto del pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, el país de residencia habitual de la menor, previa a la sustracción, era Suiza, por lo que lo relevante en el mismo es que el padre, solicitante de la restitución, era titular del derecho de custodia (conforme al Convenio de La Haya de 1980), en virtud del Derecho suizo.

20. Vamos a referirnos en este punto, antes de continuar con el caso objeto de estudio, al Derecho interno español, es decir, a qué ocurre cuando es España el país de residencia habitual del menor, previa a la sustracción. Ello hace preciso remitirse a la *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, en lo que respecta al concepto de *custodia* y de *patria potestad*¹⁸.

La Fiscalía General del Estado recuerda que la jurisprudencia considera que la guarda y custodia del Derecho interno español se encuentra integrada entre las facultades de la patria potestad (de nuevo, del Derecho interno español)¹⁹.

Así, mientras que la guarda y custodia viene referida al cuidado diario y cotidiano del menor, las decisiones que exceden de la guarda y custodia -como es el caso de la fijación de la residencia habitual del menor y los posteriores traslados que lo aparten de su domicilio habitual-, requieren el concurso de los titulares de la patria potestad, de tal forma que no pueden ser tomadas unilateralmente por el progenitor custodio²⁰.

¹⁸ *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_6-2015.pdf?idFile=7df9cead-b7b2-410d-acb2-1bd871521d14 (fecha de consulta: 11 de julio de 2016). Sobre esta *Circular*, vid., entre otros, F. J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr.*, núm. 3, 2016, en especial, pp. 47-51.

¹⁹ *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, pp. 83-84.

²⁰ *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, p. 84.

Por ello, si se dicta una resolución conforme al Derecho español, en la que la patria potestad corresponde a ambos progenitores, mientras que la guarda y custodia se asigna únicamente a uno de ellos, ha entenderse que, no siendo incluida previsión específica sobre la facultad de decidir el lugar de residencia del menor, las decisiones sobre la residencia han de ser tomadas por acuerdo de los progenitores y, en defecto de acuerdo, por decisión judicial²¹. Por lo tanto, tal como se indica en la *Circular*; “un traslado con cambio de residencia de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, es un traslado ilícito, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado”²².

Así, siendo cotitulares de la patria potestad los dos progenitores y no existiendo acuerdo de ambos progenitores sobre un posible cambio de residencia habitual del menor, el progenitor que desee llevar a cabo dicha modificación de la residencia habitual del menor tendrá que acudir al órgano judicial para que éste, si lo considera procedente, le conceda la autorización para el cambio de residencia²³.

En conclusión, cuando es España el país de residencia habitual del menor, previa a la sustracción, la pregunta que se ha de formular al progenitor que desea solicitar la restitución del menor, no es si ostenta el *derecho de custodia*, sino si ostenta la *patria potestad*, conforme al Derecho interno español.

En el Derecho interno español, uno de los casos en los que un progenitor no ostentará la patria potestad será, precisamente, aquél en que haya sido condenado por el delito del art. 225 *bis* del Código Penal español²⁴. La pena que dicho precepto establece para el caso de que un progenitor sustraiga a su hijo menor sin causa justificada, consiste en prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. En concreto, en el caso de sustracción internacional, es decir, si el menor ha sido trasladado fuera de España, dichas penas se impondrán en su mitad superior (art. 225 *bis*, apartado tercero, del Código Penal español).

C) La integración del menor

21. El Tribunal Constitucional español afirma que la integración del menor “constituye un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin del Convenio y de conformidad con sus previsiones, por lo que su valoración es esencial, cuando se trata del procedimiento de inmediata restitución”²⁵.

22. El Convenio de La Haya de 1980 se refiere a la integración del menor en su art. 12, estableciendo que:

“Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución del inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio...”

²¹ *Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, p. 85. Vid. C. MARÍN PEDREÑO, *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Málaga, Editorial Ley 57, 2015, p. 38 que, en este sentido, se refiere al error en que se encuentran los progenitores que, ostentando el derecho de visita conforme al Derecho interno español, creen que no pueden solicitar la restitución del menor, dado que ello si es posible, en la medida en que ostenten la patria potestad.

²² *Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, p. 86.

²³ *Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, p. 86.

²⁴ Sobre el art. 225 *bis* del Código Penal, vid., entre otros, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 207-208.

²⁵ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

23. Así, el Convenio de La Haya de 1980 toma en consideración el tiempo transcurrido entre el *traslado* o *retención ilícita* y la *fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor*, a la hora de determinar si procede o no ordenar la restitución del menor al país de origen.

Como se observa en el segundo párrafo del art. 12, la circunstancia de que “quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio”, permite así denegar la restitución del menor al país de origen, en caso de que el procedimiento se hubiera iniciado ante la autoridad competente del país requerido “después de la expiración del plazo de un año...”.

24. Así, nos encontramos, en virtud del Convenio de La Haya de 1980, con una serie de motivos que permiten denegar la restitución del menor al país de origen cuando ha transcurrido menos de un año:

- a) no ejercicio efectivo del derecho de custodia por parte del titular del mismo (en el momento del traslado o retención), consentimiento o posterior aceptación del traslado o retención (art. 13.a)²⁶,
- b) grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera lo ponga en una situación intolerable (art. 13.b), primer párrafo)²⁷,
- c) oposición del menor a la restitución, siempre que el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones (art. 13.b), segundo párrafo)²⁸, o
- d) restitución no permitida por los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20)²⁹.

25. En cambio, en caso de que el tiempo transcurrido entre el *traslado* o *retención ilícita* y la *fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor* haya sido superior a un año, los motivos que permiten denegar la restitución del menor son:

- los motivos de los arts. 13.a), 13.b) primer y segundo párrafo, y art. 20, o
- la integración del menor en su nuevo medio.

²⁶ Vid. P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1989, pp.187-190.

²⁷ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores. Sección Quinta. Sustracción internacional de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, epígrafe 18.

²⁸ Cabe tener presente que la audiencia del menor juega un papel distinto el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 y en el *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 (DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 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); versión consolidada disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469530677764&uri=CELEX:02003R2201-20050301>). Al respecto, vid. P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Madrid, La Ley – Wolters Kluwer, 2009, p. 528; 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, Dalloz, 2005, pp. 201-207.*

²⁹ Vid. P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1989, pp. 199-20; *Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, elaborado por E. PÉREZ VERA, § 33 (Vid. texto del informe en <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf> , fecha de consulta: 11 de julio de 2016). Con respecto a este motivo de denegación de la restitución del menor, en el caso de Estados Contratantes que cuentan con Ordenamientos de base personal, vid. 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, 2010, p. 262; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 56.

26. Para valorar la integración del menor, ha de tomarse en consideración si el ambiente familiar, social y cultural del nuevo medio permite garantizar el correcto desarrollo del menor (en el plano físico y psicológico), de tal forma que su permanencia en el nuevo medio resulte más ventajosa que su retorno al país en que residía habitualmente antes de la sustracción³⁰.

27. Conforme al art. 12 del Convenio, la Audiencia Provincial había determinado que, ante la existencia de traslado ilícito, no siendo apreciables los motivos de denegación de la restitución de los arts. 13.a) (consentimiento a la retención ilícita) y 13.b) (grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera lo ponga en una situación intolerable) y, habiendo transcurrido meses sin que la menor tuviera relación con su padre, el interés del menor se correspondía con el retorno³¹.

En estas condiciones, el Auto reproduce textualmente el art. 12 del Convenio, que otorga un valor determinado a la integración del menor en el nuevo medio como elemento de ponderación de la decisión sobre la restitución; y aprecia que, confirmado el traslado ilícito y sin que concurran las causas excepcionales para detener el retorno, unido a la constatación de la pérdida de relación con el padre durante meses, el interés de la menor se corresponde con dicho retorno, lo cual constituye la asunción de la valoración del interés del menor que subyace en el sistema del Convenio.

28. Como indica el Tribunal Constitucional, en el caso objeto de estudio no se produjo el transcurso de un año, en el sentido del art. 12, párrafo segundo del Convenio, dado que el procedimiento de restitución fue promovido cuando habían transcurrido unos tres meses desde la sustracción³².

29. No obstante, el Tribunal Constitucional destaca que, desde el inicio de los hechos, en agosto de 2013, hasta la resolución recaída en apelación, han transcurrido aproximadamente veinte meses³³. Se admite que la dilación del procedimiento judicial se debió a diversas vicisitudes procesales, como la impugnación de la competencia del Juzgado de Primera Instancia, en virtud de las denuncias de violencia de género³⁴. Es decir, el transcurso de los veinte meses no se debió ni a la actitud del solicitante de la restitución ni a la del progenitor que protagonizó la sustracción³⁵.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional considera que, con independencia de las causas que provocaron el transcurso de los veinte meses, no puede verse menoscabado el interés superior de la menor, debiendo así ser valorada su situación actual, puesto que puede haberse producido una plena integración de la menor en su nuevo medio³⁶.

Así, entiende el Tribunal Constitucional que el principio del interés superior del menor impone una valoración que fue omitida en la resolución de la Audiencia Provincial y que, por lo tanto, no se encuentra suficientemente motivada³⁷. Ello hace preciso, a la hora de valorar la situación de integración del menor, ponderar “el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España”³⁸.

³⁰ Vid. A. SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milán, Giuffrè, 1995, p. 82.

³¹ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³² STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³³ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo. Vid. F. J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr.*, núm. 3, 2016, p. 52, en la que señala que “La sentencia de 1 de febrero de 2016 alude a que los hechos acaecieron en agosto de 2013 y a que por diversas vicisitudes procesales no se finalizó el procedimiento en casi 20 meses, pero omite resaltar que desde que el Constitucional paralizó el retorno hasta que dictó sentencia pasaron otros añadidos nuevos más de ocho meses”.

³⁴ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³⁵ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³⁶ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³⁷ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³⁸ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

Considera además el Tribunal que esta conclusión resulta acorde con la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado del art. 8 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en el sentido de que el órgano competente para pronunciarse sobre el retorno del menor ha de emitir una decisión suficientemente motivada, en la que se observe un examen eficaz de los motivos de denegación de la restitución³⁹.

Esta falta de motivación constituye, en opinión del Tribunal Constitucional, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)⁴⁰.

III. El interés superior del menor y su integración: la diferencia entre el procedimiento de restitución del Convenio de La Haya de 1980 y el procedimiento sobre el fondo del asunto

30. Según hemos expuesto, el Tribunal Constitucional admite que no transcurrió un plazo superior a un año, en el sentido al respecto empleado en el Convenio de La Haya de 1980. No obstante, considera que, al encontrarse la menor en España tras más de veinte meses, no puede verse menoscabado el interés superior de la menor, debiendo así ser valorada su situación actual, dado que puede haberse producido una plena integración de la menor en su nuevo medio.

Por ello, el Tribunal Constitucional declara la nulidad del Auto de 31 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, ordenando que se retrotraigan las actuaciones, para que el órgano judicial dicte una nueva resolución, respetuosa con el derecho fundamental objeto de vulneración.

31. Como hemos señalado con anterioridad, la Audiencia Provincial se pronunció en el Auto sobre la restitución de la menor, en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980.

Cuando un órgano judicial de un Estado Contratante ha de valorar si procede ordenar el retorno del menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980, dicha autoridad ha de determinar, en primer lugar, si el caso resulta incluido en el ámbito de aplicación del Convenio. Tal como hemos explicado con anterioridad, el caso objeto de estudio sí encaja en el mencionado ámbito de aplicación.

En segundo lugar, para tomar una decisión sobre el retorno o no retorno del menor, ha de ser tenido en cuenta el principio general de restitución del menor y los motivos que, con carácter excepcional, pueden permitir denegar dicho retorno a la autoridad competente⁴¹.

1. El cómputo del plazo de un año en el Convenio de La Haya de 1980

32. Según hemos indicado, para que se pueda activar el segundo párrafo del art. 12 del Convenio de La Haya de 1980, es decir, para denegar la restitución del menor con base en su integración en el nuevo medio, es preciso que haya transcurrido un período de tiempo superior a un año entre *la sustracción y el momento en que se presenta la solicitud de retorno del menor*. Al respecto, la doctrina llama la atención sobre el recurso a manipulaciones procesales con la finalidad de hacer transcurrir este plazo de un año⁴².

³⁹ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo. Art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: “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. 2. 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”.

⁴⁰ Con respecto a los efectos de los recursos ante tribunales constitucionales sobre la celeridad que requieren los procedimientos de sustracción internacional de menores, vid. F. J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 3, 2016, pp. 52-53.

⁴¹ 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, Dalloz, 2005, p. 232.

⁴² 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*, Madrid, Iustel, 2008, p. 271.

Así, ha de tenerse presente, como apunta la doctrina, que si la solicitud de restitución del menor se presenta en un plazo inferior a un año y la autoridad competente resuelve después del transcurso del año, no cabe activar el art. 12, párrafo segundo del Convenio⁴³.

33. La cuestión es que el Tribunal Constitucional ordena, según hemos señalado, que se declare la nulidad del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, que se retrotraigan las actuaciones y así el órgano judicial dicte una nueva resolución.

El pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid al que se refiere el Tribunal Constitucional es una resolución dictada en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980. La competencia judicial internacional para pronunciarse sobre la restitución del menor corresponde a los tribunales españoles, al ser España el país requerido⁴⁴.

34. Como la Audiencia Provincial se encuentra conociendo de la acción de restitución ejercitada por el padre en virtud del Convenio de La Haya de 1980, la decisión de la misma ha de referirse a la procedencia o improcedencia de la restitución de la menor, conforme a dicho Convenio. Según dicho Convenio, como hemos señalado, la valoración de la integración del menor como o motivo de denegación de la restitución entra en escena si han transcurrido un período de tiempo superior a un año entre *la sustracción y el momento en que se presenta la solicitud de retorno del menor*. Según admite el Tribunal Constitucional, dicho plazo no ha transcurrido en el caso objeto de examen, ya que la solicitud de restitución se presentó al cabo de unos tres meses desde la sustracción⁴⁵.

35. Por ello, si la Audiencia Provincial se encuentra aplicando el Convenio de La Haya de 1980, consideramos que suscita dudas que pueda entrar a valorar la integración del menor en España cuando no se cumple el presupuesto que para ello exige el Convenio. Es decir, si no ha transcurrido el plazo de un año en el sentido del Convenio, entendemos que no cabe valorar la integración del menor. Ahora bien, con ello nos referimos a todos aquellos procedimientos en los que, concretamente, se solicita la restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Cuestión distinta son los procedimientos en los que el órgano judicial es competente para conocer del fondo del asunto, es decir, de la atribución del derecho de custodia.

2. El procedimiento sobre el fondo del asunto

36. Tal como dispone el art 19 del Convenio de la Haya de 1980: “Una decisión adoptada en el marco del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia”.

37. Por lo tanto, la cuestión del fondo del derecho de custodia ha de ser valorada en un procedimiento distinto del procedimiento de restitución iniciado en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, que no regula esta cuestión⁴⁶. En este sentido, el art. 16 del Convenio de La Haya de 1980 establece que “Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto

⁴³ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores. Sección Quinta. Sustracción internacional de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, epígrafe 18.

⁴⁴ Vid., entre otros, arts. 11, 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya de 1980.

⁴⁵ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

⁴⁶ Vid., entre otros, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional de menores. Ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 6, núm. 2, 2014, p. 133; I. REIG FABADO, “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 246-247.

en el presente Convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio”.

38. Según hemos indicado, como la Audiencia Provincial estaba conociendo de un procedimiento de restitución en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, no podía valorar la integración del menor, al no cumplirse el presupuesto que para ello exige el Convenio. En cambio, sí consideramos que la integración del menor ha de ser valorada en un procedimiento posterior, relativo al fondo del asunto, es decir, al derecho de custodia.

Para ello, sería preciso determinar qué tribunales serían competentes para conocer del fondo del asunto y, en concreto, si serían los tribunales españoles.

A) El procedimiento sobre el fondo del asunto en los casos de sustracción intracomunitaria

39. Si el caso se refiriese a una sustracción intracomunitaria de menores, es decir, si el país de residencia habitual previa a la sustracción y el país en el que se encuentra el menor como consecuencia de la sustracción fueran ambos Estados miembros de la Unión Europea, resultaría aplicable el *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)⁴⁷.

Dicho Reglamento, dentro de las correcciones que realiza al Convenio de La Haya de 1980, se refiere al procedimiento posterior sobre el fondo del asunto, tras haber sido dictada una orden de no restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980⁴⁸. Así, en virtud de los arts. 11.6 y 11.8 del Reglamento, el tribunal que hubiera dictado una orden de no restitución o la Autoridad Central de dicho Estado miembro, tendría que remitir copia de la resolución judicial y de los documentos pertinentes al tribunal del Estado miembro competente para decidir sobre el fondo del asunto (o a su Autoridad Central)⁴⁹.

40. La competencia para conocer del fondo del asunto, según establece el art. 10 del Reglamento, corresponde a los tribunales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual con anterioridad al traslado o retención ilícitos⁵⁰. Así, aun cuando la nueva residencia habitual del menor se encuentre en el Estado miembro de su sustracción, la regla general, conforme al art. 10 del R 2201/2003, es que la competencia judicial internacional para decidir sobre el fondo del asunto corresponde a los tribunales del Estado miembro de origen, siendo así reforzada la operatividad de dicho *juez de origen*⁵¹.

⁴⁷ *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* (DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 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 de diciembre de 2004); versión consolidada disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469530677764&uri=CELEX:02003R2201-20050301>).

⁴⁸ Para el examen de estas correcciones, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, pp. 49 y ss.

⁴⁹ Con respecto a la documentación que ha de ser remitida, Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 44-45.

⁵⁰ Con respecto a esta competencia sobre el fondo del asunto, vid., entre otros, M. HERRANZ BALLESTEROS, “International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation”, *R. G. D.*, núm. 34, 2004, p. 351; 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, Dalloz, 2005, p. 228. Si bien la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto corresponderá, como regla general, a los tribunales del Estado miembro de residencia habitual del menor previa a la sustracción, consideramos que ha de tenerse presente que cabe la posibilidad de acudir a otros foros, como el foro del art. 12.1 del Reglamento, que establece una serie de condiciones para que el tribunal competente para conocer de una crisis matrimonial, conforme al art. 3, asuma la competencia en materia de responsabilidad parental vinculada con dicha demanda. Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 177; y C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, pp. 113 y ss.

⁵¹ Vid. I. REIG FABADO, “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, Iustel, 2008, p. 233.

41. La regla excepcional es que dicho juez pierda la competencia, la cual responde al objetivo de no conservar la competencia judicial internacional si el Estado miembro de origen no corresponde “con la realidad del entorno al que está integrado el menor”⁵². El art. 10 del Reglamento establece las condiciones para que los tribunales del Estado miembro de origen pierdan la competencia judicial internacional, pérdida que ha de producirse “sólo bajo condiciones muy estrictas”⁵³. Así, el precepto determina que “...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...”⁵⁴.

Como se observa en la letra b), además del transcurso del plazo de un año, es precisa la integración del menor en su nuevo medio, lo cual ocurrirá con frecuencia, puesto que habrá transcurrido al menos un año desde su sustracción⁵⁵.

Aquí se observa entonces que se asigna a la integración del menor un papel diferente al que hemos examinado en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980⁵⁶. Así, no se utiliza dicha integración del menor como motivo de denegación de la restitución, sino como uno de los elementos para determinar la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto⁵⁷.

Al transcurso del plazo de un año y la integración del menor en su nuevo medio, se añade una condición adicional, que ha de ser una de las que se enumeran en el art. 10.b.) del Reglamento:

- la no presentación, por el titular del derecho de custodia, de una demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido, en el citado plazo de un año (art. 10.b.i) del Reglamento)⁵⁸,
- el desistimiento de una demanda de restitución del titular del derecho de custodia, en el citado plazo de un año, sin haber presentado una demanda nueva (art. 10.b.ii) del Reglamento)⁵⁹,
- el archivo del asunto por el tribunal del Estado miembro de residencia habitual del menor previa a la sustracción (art. 10.b.iii) del Reglamento)⁶⁰,
- el dictado de una resolución sobre el fondo del asunto que no implica la restitución del menor, por parte de los tribunales del Estado miembro de residencia habitual del menor previa a la sustracción (art. 10.b.iv) del Reglamento)⁶¹.

⁵² Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental [Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003]”, *InDret*, noviembre 2004, núm. 250, p. 11.

⁵³ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 38.

⁵⁴ Sobre el análisis de estas condiciones vid., entre otros, 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, Bruylant, 2004, p. 38; 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, Dalloz, pp. 228-229. Vid. también M. HERRANZ BALLESTEROS, “International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation”, *R. G. D.*, núm. 34, 2004, pp. 351-353; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 184.

⁵⁵ 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, Dalloz, 2005, p. 229.

⁵⁶ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, p. 105.

⁵⁷ 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, Dalloz, 2005, pp. 228-229.

⁵⁸ Vid. H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 230.

⁵⁹ Con respecto al desistimiento, vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 185.

⁶⁰ 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, Dalloz, 2005, p. 230; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 185-186.

⁶¹ Vid. H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit*

42. Dados los supuestos contemplados en el art. 10 del Reglamento, se llega a la conclusión, como se ha adelantado, de que en los casos de sustracción intracomunitaria de menores, la regla excepcional es que el tribunal del Estado miembro de la sustracción pueda asumir la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto. Por ello, la integración del menor, que consideramos ha de ser examinada en el procedimiento sobre el fondo del asunto, no corresponde valorarla, como regla general, al tribunal del Estado miembro de la sustracción.

B) El procedimiento sobre el fondo del asunto en los casos de sustracción no intracomunitaria

43. Tal como hemos indicado al resumir los hechos del caso, el país de residencia habitual de la menor previa a la sustracción era Suiza. Como no nos encontramos ante una sustracción intracomunitaria de menores (dado que el país de origen del menor no es un Estado miembro), la competencia judicial internacional para conocer del procedimiento sobre el fondo del asunto, con posterioridad a la acción de restitución ejercitada en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, tendría que ser determinada en virtud del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*⁶². Ello se debe a que consideramos que, en este caso, se trata de determinar si los tribunales suizos conservan la competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto o si dicha competencia puede ser asumida por los tribunales españoles.

Procede así la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 a este supuesto, dado que Suiza y España son ambos Estados parte en el Convenio y la menor tiene una edad inferior a dieciocho años (art. 2)⁶³.

44. Al igual que en el caso de la sustracción intracomunitaria de menores, vamos a examinar en qué medida podría corresponder, a los tribunales del país de la sustracción, la competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto. Ello se debe a que, según la tesis que hemos expuesto, la integración del menor tendría que ser valorada en el ámbito de dicho procedimiento y no en el procedimiento relativo a la restitución del Convenio de La Haya de 1980. El motivo es que, como hemos apuntado, consideramos que no se cumplen, en el caso objeto del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, las condiciones que exige el Convenio de La Haya de 1980 para que el tribunal del país de la sustracción (España) pueda denegar la restitución en virtud de dicha integración del menor en su nuevo medio.

45. El art. 7 del Convenio de La Haya de 1996 se refiere a la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto, cuando el menor ha sido objeto de sustracción internacional. El art. 7.1 establece que “En caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiera una residencia habitual en otro Estado y: a) Toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención, o b) el niño resida en este otro Estado por un período de al menos un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido

communautaire du divorce et de la responsabilité parentale, París, Dalloz, 2005, p. 231; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 187-188.

⁶² Vid. *Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*, BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, pp. 99837 y ss. Vid. los ejemplos prácticos sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y del Convenio de La Haya de 1996 cuando ambos países son Estados contratantes de ambos Convenios, en HCCH, *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2014, p. 47 (disponible en <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faaa17efb050.pdf>, fecha de consulta: 11 de julio de 2016).

⁶³ Pueden ser consultados los Estados parte y la fecha de entrada en vigor del Convenio para España y Suiza en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (fecha de consulta: 11 de julio de 2016). Sobre el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1996, vid. F. F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, CDT, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 285-287.

el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio”.

Al igual que ocurre en el ya estudiado art. 10 del Reglamento, el Convenio de La Haya de 1996 parte del presupuesto de que sólo excepcionalmente pueden los tribunales del país de la sustracción (en nuestro caso, España), asumir la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto. Ello se hace para, tal como indica el *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*, “desalentar la sustracción internacional de menores al denegarle todo beneficio jurisdiccional a la parte sustractora”⁶⁴.

Con respecto a los tribunales del país de la sustracción, el art. 7.3 del Convenio de La Haya de 1996 señala que “Mientras las autoridades mencionadas en el apartado 1 conserven su competencia, las autoridades del Estado contratante al que el niño ha sido desplazado o donde se encuentra retenido solamente pueden tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño, de acuerdo con el artículo 11”.

46. Tal como indica el *Informe Lagarde*, la pérdida de competencia judicial internacional de los tribunales del país de residencia habitual del menor, previa a la sustracción, se produce si, además de darse la circunstancia de que el menor ha adquirido la residencia habitual en otro Estado parte, concurren, cumulativamente, una serie de condiciones⁶⁵:

- nueva residencia habitual por un periodo de al menos un año después de que el titular del derecho de guarda tuviese conocimiento (o debiera haberlo tenido) del lugar donde se encontraba el menor. El inicio del cómputo del plazo de un año es, como indica el *Informe Lagarde*, “más tardío” que en el Convenio de La Haya de 1980⁶⁶,
- ausencia de solicitud de restitución presentada durante dicho periodo y todavía en curso de examen,
- integración del menor en su nuevo medio.

47. Desde nuestro punto de vista, como el progenitor del país de origen presentó una solicitud de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980, consideramos que los más de veinte meses durante los que los tribunales españoles conocieron en las diversas instancias sobre el procedimiento de restitución del Convenio de La Haya de 1980, no pueden ser computados a los efectos de una posible pérdida de competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto de los tribunales del país de origen. Es decir, a los efectos del art. 7 del Convenio de La Haya de 1996, durante esos más de veinte meses existió una petición de restitución que se encontraba pendiente de resolución.

Por ello, consideramos que la competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto corresponde todavía a los tribunales suizos y que ellos, según la tesis que hemos expuesto, son los que en dicho procedimiento han de valorar la *integración del menor*.

IV. Conclusiones

48. En la valoración que el tribunal competente ha de hacer de la *integración del menor*, a la hora de dictar una resolución en materia de sustracción internacional que responda al *interés superior* del mismo, es preciso tener presente el alcance de la competencia de tal tribunal.

⁶⁴ HCCH, *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2014, p. 42.

⁶⁵ *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, elaborado por PAUL LAGARDE, punto 49, disponible en <https://assets.hcch.net/upload/exp134s.pdf> (fecha de consulta: 11 de julio de 2016).

⁶⁶ *Informe Lagarde*, punto 49.

49. Si el tribunal está conociendo de un procedimiento de restitución del menor en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, la toma en consideración de la integración del menor ha de ajustarse a los requisitos que el Convenio establece. Así, no habiendo transcurrido un período de tiempo superior a un año entre el *traslado* o *retención ilícita* y la *fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor* (art. 12), consideramos que no cabe que el tribunal del país de la sustracción deniegue la restitución, en virtud de dicha integración.

50. Ahora bien, aunque el progenitor del país de origen haya solicitado la restitución del menor cuando haya transcurrido menos de un año desde la sustracción, puede ocurrir, tal como hemos expuesto, que transcurra un tiempo considerable hasta que el tribunal competente del país de la sustracción dicte su resolución sobre la procedencia o no del retorno. La falta de celeridad en la toma de la decisión provoca, con frecuencia, que el menor permanezca mientras tanto en el país de la sustracción.

En tal caso, aunque no proceda valorar la integración del menor en el procedimiento de restitución sustanciado en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, al no haber transcurrido el mencionado plazo de un año en el sentido de su art. 12, no significa que dicha integración no merezca ser tomada en consideración en el ámbito de otro procedimiento. Así, con independencia de las causas de la falta de celeridad, no cabe negar que la permanencia del menor en el país de la sustracción durante ese tiempo puede estar provocando su integración en dicho país.

51. Consideramos entonces que, en tal caso, el procedimiento en el que cabe tomar en consideración dicha integración del menor, es el procedimiento posterior sobre el fondo del asunto. Entonces, corresponderá realizar dicha valoración sobre la integración del menor, a los tribunales que dispongan de competencia judicial internacional sobre dicho fondo del asunto.

52. Como regla general, la competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto es conservada por los tribunales del país de origen, siendo excepcional la pérdida de dicha competencia en favor de los tribunales del país de la sustracción.

Por ello, si no se cumplen las condiciones del art. 12 del Convenio de La Haya de 1980 para tomar en consideración la integración del menor en su nuevo medio, consideramos que tendrá que ser el tribunal del país de origen el que, como regla general, valore, en el procedimiento posterior sobre el fondo del asunto, si el menor se encuentra integrado en el nuevo medio.