

LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO AUTÓNOMO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

THE CONSTRUCTION OF THE AUTONOMOUS CONCEPT OF HABITUAL RESIDENCE OF THE CHILD IN THE CASES OF INTERNATIONAL ABDUCTION OF CHILDREN

ISABEL REIG FABADO

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Valencia*

Recibido: 16.01.2016 / Aceptado: 21.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4663>

Resumen: La concreción de la residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores ha resultado especialmente problemática por varias razones. En primer lugar por las interpretaciones divergentes que se han dado en los diferentes ordenamientos jurídicos y, en segundo término, por plantearse de manera especialmente delicada en estos supuestos en los que concurre la sustracción internacional de menores. Y, finalmente y a mayor abundamiento, por la ausencia de un concepto de residencia habitual del menor en la normativa reguladora. Probablemente, la necesidad de concretarlo, en aras al principio del interés superior del menor, en atención a criterios fácticos que, bajo el método casuístico, requiere un análisis de una serie de circunstancias *ex casu*. Piénsese que, en definitiva, la residencia habitual del menor se configura como criterio clave para la determinación de aspectos tan relevantes como la competencia judicial internacional, no solo en los casos de responsabilidad parental, sino y asimismo, en los supuestos de traslado o retención ilícitos de menores.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, retención ilícita, competencia judicial internacional, residencia habitual del menor, concepto autónomo, integración y adaptación, retorno inmediato, restitución.

Abstract: The realization of the habitual residence of the minor in cases of international child abduction has been especially problematic for several reasons. In the first place because of the divergent interpretations that have been given in the different legal systems and, secondly, because they are considered to be particularly sensitive in these cases in which international child abduction occurs. And, finally and to a greater extent, by the absence of a concept of habitual residence of the minor in the regulatory regulations. Probably, the need to make it concrete, based on the principle of the best interests of the child, in response to factual criteria that, under the casuistic method, requires an analysis of a series of *ex-casu* circumstances. Think that, definitively, the habitual residence of the minor is configured as a key criterion for the determination of aspects as important as international judicial competence, not only in cases of parental responsibility, but also, in the event of illicit transfer or retention of children.

Keywords: international child abduction, illegal retention, international judicial competence, habitual residence of the minor, autonomous concept, integration and adaptation, immediate return, restitution.

Sumario: I. Introducción. 1. Los hechos y los fundamentos de la Sentencia. 2. Aspectos clave. II. La residencia habitual del menor en la sustracción internacional de menores. 1. Introducción. 2. La residencia habitual del menor como criterio central. III.- La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor. 1. La residencia habitual del menor en el Convenio de la Haya de 1980 y en el Reglamento *Bruselas II bis*. 2. La interpretación concepto autónomo en la jurisprudencia del TJUE. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La sustracción internacional de menores se configura, en la actualidad, como un fenómeno en aumento exponencial. Por un lado, se prevé que, solo en la UE, residen aproximadamente 16 millones de parejas mixtas¹, y, por otro, en las dos últimas décadas ha crecido considerablemente del número de traslados y retenciones ilícitas de menores², donde, de manera cada vez más habitual y dotando a estos supuestos de mayor complejidad, concurren elementos de violencia de género³.

2. El marco normativo de la sustracción internacional de menores que ofrece el Derecho internacional privado tiene su primer y principal exponente en el *Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*⁴. El objetivo de este instrumento –siempre en aras al interés superior del menor⁵– consiste en el retorno inmediato del menor al lugar de la residencia habitual del mismo inmediatamente anterior al traslado o la retención ilícitos⁶. Este Convenio opera, como veremos, en aplicación combinada con el Reglamento *Bruselas II bis*⁷ para los supuestos de traslados o

¹ Vid. INCADAT (*International Child abduction Data Base*), vid. <https://www.incatat.com/es>. Consultado a 8 de enero de 2019.

² En el marco del *Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción de menores* (Instrumento de Ratificación publicado en BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987, pp. 26099-26105, BOE-A-1987-19691). Con carácter general, en 2015 hubo por lo menos 2.904 menores afectados en relación con 2.191 solicitudes de retorno. Aumento ralentizado pues crecen un 3% las solicitudes de 2008 a 2015, mientras que de 2003 a 2008 aumentaron un 45%. Si bien este aumento del 3% en 2015 se dio de forma concentrada en solo algunas jurisdicciones básicamente de la UE. Vid. N. LOWE-V. STEPHENS, “Part I- A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of International Child Abduction- Global Report”, *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention*, octubre de 2017, HCCH, p. 3. Solo en España, en las dos últimas décadas, se multiplica casi por siete el número de supuestos. En este sentido, la Autoridad Central ha pasado de 36 solicitudes en 1998, a 242 en 2015. En ese mismo año 2015, hubo 109 solicitudes que instaban la restitución de 140 menores a su lugar de procedencia y 133 requerimientos de retorno de 171 menores trasladados o retenidos ilícitamente fuera de España. Vid. F. J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, Sección Foro, Vol. 68/2, julio-diciembre de 2016, pp. 337-346, esp. p. 2 y “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 I)”, *Bitácora Millennium Dipr*, núm. 3º/2016.

³ Vid. M. KAYE, “The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 13, issue 2, 1999, pp. 191-212. Los 238 casos de denegaciones judiciales de 2015 suponen un 15%. De estos, la causa mayoritaria de la denegación fue, individual o combinadamente, el artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya que supuso un 26%, y por oposición del menor, un 16%. Con respecto al plazo de tramitación de estas solicitudes en 2015 se empleaban 244 días, mientras que en 1999 eran 147 días, y 286 en 2008. Vid. N. LOWE-V. STEPHENS, “Part I- A statistical analysis...”, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

⁴ Vid., *Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Instrumento de Ratificación publicado en BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987 (BOE-A-1987-19691).

⁵ Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, esp. párrafo núm. 114. Texto disponible en: <http://www.hcch.net>.

⁶ Vid. los artículos 1 y 3 del Convenio *cit. supra* en relación con la finalidad del mismo y el carácter ilícito del traslado o la retención.

⁷ *Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, 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*, que deroga el Reglamento CE nº 1347/2000, conocido como *Bruselas II bis* (DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003). El Reglamento *Bruselas II bis*, se encuentra en proceso de reforma. Con fecha de 30 de junio de 2016 se ha publicado en el DOUE la Propuesta de Reglamento de refundición del Reglamento *Bruselas II bis*. La propuesta se basa, fundamentalmente, en tres objetivos. En primer lugar, aspira a mejorar la cooperación judicial entre Estados miembros. En segundo término, pretende reforzar el interés superior del menor en la restitución. Y finalmente, quiere mejorar la eficiencia de la restitución del menor a través de la elaboración de unas normas mínimas comunes y un procedimiento de ejecución uniforme (vid. la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo*

retenciones ilícitas entre Estados miembros de la UE afectados por el Reglamento, que combina la inmediatez del retorno con la garantía del derecho a ser oído del menor en un equilibrio inestable⁸. Además, en tanto en cuanto los procedimientos del Convenio de la Haya de 1980 se tramitan ante las autoridades de cada Estado contratante de acuerdo con sus procesos y normas internas, debe añadirse –para el caso del ordenamiento jurídico español– lo establecido en el *Capítulo IV bis* de la *Ley de enjuiciamiento civil 1/2000*⁹, bajo la rúbrica “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional”, en el artículo 778 *quáter, quinquies y sexties*.

3. Bajo este marco normativo, el criterio clave para la determinación de la competencia judicial internacional es la residencia habitual del menor, no solo en lo que afecta a las crisis matrimoniales y la responsabilidad parental (incluyendo la sustracción internacional de menores), por lo que al Reglamento que nos ocupa se refiere, sino en el conjunto de Reglamentos de la UE que afectan al Derecho de Familia, así como también en Sucesiones¹⁰. Con la particularidad de que, en ninguno de estos instrumentos se establece un concepto de residencia habitual, si bien en aras a la aplicación uniforme de la normativa de la UE debe procederse a su interpretación autónoma, esto es, sin remisión al Derecho interno de los Estados miembros. Circunstancia que, como veremos, impide reconducirla para su concreción a los Derechos internos de los Estados miembros y a tener en especial consideración la jurisprudencia interpretativa del TJUE. Además, la complejidad de esta cuestión aumenta cuando la determinación de la residencia habitual se refiere a menores y, con mayor razón, cuando concurre la sustracción internacional de menores, que es el caso que nos ocupa.

1. Los hechos y los fundamentos de la Sentencia

4. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 20 de abril de 2018¹¹ plantea un supuesto que responde al perfil actual de la sustracción internacional de menores en el que más del 70% de los supuestos se llevan a cabo por la madre¹². Así, se acuerda la restitución del menor a Reino Unido, junto a su padre, desestimando el recurso de apelación de la progenitora contra la resolución de primera instancia estimatoria de la demanda de procedimiento especial para la restitución o retorno de menor interpuesta por el Ministerio de Justicia. Básicamente, los hechos de la Sentencia refieren que los progenitores se habían trasladado a Dorset (Inglaterra) en el año 2016 donde residían junto con el menor y el padre ejercía como dentista y, a finales de agosto de 2017, durante un viaje a España, la madre procede a

a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), Bruselas, 30 de junio de 2016, COM (2016) 411 final). El Reglamento Bruselas II bis introduce en materia de competencia judicial internacional foros de competencia que no existían sino implícitamente en el citado Convenio de la Haya. Asimismo, añade garantías procesales entre las que cabe destacar la audiencia del menor -artículo 11.2- (vid. M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, ponencia presentada en las X Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Madrid, Universidad Complutense, 2007). Del mismo modo, se mantiene el sistema de excepciones contenido en el Convenio con el objeto de denegar el retorno (vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, 2004, pp. 80-115, esp. p. 101.). Precisamente, este ha sido un punto conflictivo en la aplicación de las normas del Convenio de la Haya donde se ejercitan tácticas dilatorias en el proceso (vid. M. MOYA ESCUDERO, “Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo”, *La Ley*, D-17, 1998, p. 1781).

⁸ En este sentido, y aunque excede del objeto de este trabajo, no puede dejar de señalarse que la jurisprudencia del Tribunal de DDHH de Estrasburgo plantea la posible vulneración de derechos fundamentales en las restituciones inmediatas de menores, si bien las propuestas de reformas legislativas y la jurisprudencia del TJUE siguen apoyando la inmediatez del retorno (vid. P. BEAUMONT Y OTROS, “Child abduction: Recent jurisprudence of the European Court of Human rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, nº1, 2015 y P. BEAUMONT Y OTROS, “Conflicts of EU Courts in Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU”, *Journal of Private International Law*, Volume 12, 2016, Issue 2 pp. 211-260, esp. p. 259).

⁹ Capítulo introducido por la Disposición Final tercera, párrafo 10, de la *Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria* (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015, con corrección de errores en BOE, núm. 210, de 2 de septiembre de 2015).

¹⁰ Vid. C. ESPLUGUES MOTA-J.L. IGLESIAS BUHIGUES-G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, 12 ed., Valencia Tirant lo Blanch, 2018, p. 422.

¹¹ Vid. Roj. SAP P 217/2018.

¹² En 2015, el 73 % de los sustractores eran las madres, de las que el 93% eran custodios. Vid. N. LOWE-V. STEPHENS, “Part I-A statistical analysis...”, *op. cit.*, p. 3.

la sustracción del menor bajo la modalidad de no reintegro. Siendo que el menor contaba con billete de vuelta a Reino Unido y se encontraba matriculado allí para el siguiente curso académico.

5. Y ello considerando, según la resolución del Juzgado de primera instancia español, que corresponde a los tribunales ingleses –División de Familia del Tribunal Superior de Justicia– el conocimiento sobre el fondo del asunto (esto es, la custodia). El tribunal inglés ha calificado la retención del menor como “indebida” e “ilícita” y vulneratoria de los derechos del menor, pues, bajo esta actuación unilateral de la madre de retención del menor en España, se está privando al padre de la patria potestad que mantiene éste según le reconoce la Ley inglesa de menores de 1989¹³. A mayor abundamiento, añade el tribunal español, la retención del menor en España (y el hecho de matricularle en un centro escolar que desconoce) también perjudica al menor pues interrumpe su proceso de integración escolar en Reino Unido y su perfeccionamiento del inglés.

6. Conviene señalar que la sentencia española de apelación añade una serie de consideraciones en atención al proceso urgente y sumario objeto del litigio, derivado de los artículos 778 *quáter* de la LEC y ss. en relación con este concreto caso. La primera refiere a que no se aprecia que la restitución inmediata del menor a Reino Unido suponga ningún tipo de riesgo ni peligro para su persona y su salud. Y en este sentido mantiene que, más allá de que el progenitor sea el custodio, cuenta allí con un trabajo estable y *bien remunerado de dentista y desea de manera muy razonable hoy en día* que su hijo estudie y domine el idioma inglés¹⁴. La segunda consideración, refiere a las circunstancias de salud del menor y la excepción del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, por lo que parece que no hay ningún obstáculo para que el menor continúe realizando sus revisiones médicas anuales en España pese a que resida en Reino Unido, tal y como se han ido desarrollando hasta la fecha. Finalmente, y en tercer lugar, se constata que no concurre el consentimiento paterno expreso e inequívoco que pudiera desvirtuar la solicitud del retorno inmediato del menor realizada por este, sin perjuicio de que pueda procederse a mediación en cualquier momento y sin afectar al procedimiento principal sobre la custodia que se está desarrollando ante los órganos jurisdiccionales de Reino Unido.

7. Así pues, el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 20 de abril de 2018 desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre sustractora, confirmando, pues, la sentencia de instancia que acuerda el retorno inmediato del menor a Reino Unido. Debe añadirse que, con fecha 12 de abril de 2018, se dicta un Auto denegando el recibimiento del pleito a prueba en alzada, la celebración de la vista pública y la elevación de cuestión prejudicial al TJUE.

2. Aspectos clave

8. A la vista de los hechos de la Sentencia y de la argumentación del Tribunal, conviene hacer referencia a algunas de las consideraciones realizadas por el juez español de segunda instancia en relación con la concreción de la residencia habitual del menor. Y ello, básicamente, por cuanto este criterio –la residencia habitual del menor– se revela como especialmente problemático en la práctica y clave en la determinación de la competencia judicial internacional, tanto del tribunal competente para el retorno inmediato del menor, como para el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo del asunto. Así pues el tribunal español introduce en apelación al menos dos aspectos que pueden comentarse con respecto a la cuestión relativa a la residencia habitual del menor.

9. El primero de ellos refiere a la interpretación autónoma de este criterio, que no debe reconducirse hacia la noción de cada ordenamiento jurídico interno. Entiende el tribunal español –en atención al artículo 218 de la LEC– que el menor tenía su residencia en Inglaterra declarada por los tribunales ingleses y derivada del proceso principal de divorcio, bajo la jurisdicción de los tribunales de Inglaterra

¹³ Vid. el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, letra b).

¹⁴ Vid. el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, letra b), 1ª.

y Gales y según lo certificado por el Registro Consular del Consulado General de España. Además, *la competencia para conocer de las medidas de responsabilidad parental sobre el menor corresponde a los tribunales ingleses, como viene acordado desde septiembre de 2017, y que los tribunales españoles carecen de competencia y que la residencia (d)el menor anterior al 23 de agosto (fecha del no reintegro) era en el Reino Unido.*

10. En segundo lugar, el juez español de apelación señala a los factores de integración, de arraigo y de habitualidad de residencia en Reino Unido. Y a tal efecto se subraya que el menor estaba dado de alta en el sistema nacional de salud inglés y que se encontraba cursando sus estudios en una escuela inglesa, matriculado, incluso para el curso académico siguiente al que no pudo incorporarse al producirse la retención ilícita. Circunstancias, que según el tribunal, hacen que concurra el criterio jurisprudencial de “cierta integración”, pues vivía en Reino Unido con sus progenitores desde septiembre de 2016 y estaba justificado el regreso que no permitió la madre sustractora a finales de agosto de 2017. Una vez acreditados estos extremos, el juez español concluye que la fecha de alta de empadronamiento del menor en Palencia -después de su salida de Reino Unido- resulta irrelevante a efectos de determinar un cambio efectivo de residencia, que ni siquiera podría determinarse en aplicación de la normativa interna española por tratarse, como se ha mencionado, de un concepto autónomo.

II. La residencia habitual del menor en la sustracción internacional de menores

1. Introducción

11. Como es bien sabido, la regulación de la sustracción internacional de menores se articula desde el Derecho internacional privado, en sede de cooperación judicial internacional y mediante un marco regulador poliédrico, a través del retorno inmediato del menor que establece el *Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*¹⁵. Este instrumento tiene una operatividad en términos de complementariedad con otros existentes¹⁶. Así, esta interacción incluye al Reglamento 2201/2003, *Bruselas II bis*, en relación con los traslados o retenciones considerados como ilícitos¹⁷ denominados *intracomunitarios* -esto es, los efectuados entre Estados de la UE afectados por el Reglamento- y el *Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, sobre 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*¹⁸. Además, en España, estos procedimientos deben tramitarse según

¹⁵ El Convenio de la Haya de 1980, *cit. supra*, entró en vigor el 1 de diciembre de 1983 y para España el 1 de noviembre de 1987 y a fecha de 1 de agosto de 2017 cuenta con 99 Estados parte del mismo. *Vid.* <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, consultado a 8 de enero de 2019.

¹⁶ *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA-J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2018, p. 354.

¹⁷ El carácter ilícito del traslado o la retención se establece según el concepto del art. 2.11 del Reglamento *Bruselas II bis*, en la línea del contenido en el art. 3 del CH 1980. Básicamente, consiste en el traslado o la retención ilícita de un menor por parte de uno de sus progenitores fuera del país donde reside habitualmente, impidiendo con ello el ejercicio del derecho de custodia o de visita del otro progenitor, que estaba siendo ejercido efectivamente antes de ese traslado o retención. En este sentido, *vid.* la sentencia del TJUE, de 9 de octubre de 2014, en el Asunto C-376/14, *Mercredi*. *Vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 21, 2014, pp. 5-22.

¹⁸ El *Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, sobre 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* (Instrumento de ratificación publicado en BOE, 2 de diciembre de 2010, núm. 291, pp. 99837-99868), entró en vigor de forma general el 1 de enero de 2002 y para España el 1 de enero de 2011, según el artículo 61.2.a). Instrumento de ratificación publicado en BOE, 2 de diciembre de 2010, núm. 291, pp. 99837-99868. A fecha de 12 de septiembre de 2018, cuenta con 49 Partes contratantes, *vid.* el estado de participación en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>, consultado a 8 de enero de 2019. Este Convenio de la Conferencia de la Haya no contiene cláusula de adhesión para la Unión Europea, por lo que los Estados miembros debían ratificar el Convenio en nombre propio y de la Unión Europea, sobre estas circunstancias, *vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La falta de unificación del ámbito de aplicación del Derecho Internacional Privado comunitario”, A.M. BADÍA Y OTROS, *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*, Madrid, 2009, Vol. II, pp. 853 y ss., *vid.*, sobre

lo establecido en el *Capítulo IV bis* de la *Ley de enjuiciamiento civil 1/2000*¹⁹, bajo la rúbrica “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional”, en el artículo 778 *quáter, quinquies* y *sexties*. La LEC, básicamente, dota de carácter contencioso al procedimiento que con anterioridad era voluntario y añade medidas procesales tendentes a la rapidez del procedimiento y la especialización de la jurisdicción. A tal efecto, se prevé el carácter urgente y preferente del mismo, con un plazo máximo de seis semanas y otros plazos expeditivos. También cabe destacar especialmente, la garantía de la audiencia del menor²⁰ y la importancia de la cooperación judicial, concretamente, de las comunicaciones directas entre autoridades²¹. Finalmente, resulta de gran importancia la concentración de la competencia en los Juzgados de primera instancia de familia de la circunscripción del menor objeto de traslado.

2. La residencia habitual del menor como criterio central

12. Bajo este contexto regulador, el criterio clave para la determinación de la competencia judicial internacional es la residencia habitual del menor²². Con la particularidad de que, en ninguno de estos instrumentos, ni en otros relacionados, sobre Derecho de familia, se establece un concepto de residencia habitual. Razón por la que, en aras a la aplicación uniforme de la normativa de la UE debe procederse a su interpretación autónoma, sin remisión al Derecho interno de los Estados miembros. De modo que la concreción de la residencia habitual del menor en estos casos no corresponde realizarla al hilo de lo establecido en los artículos 40 y ss. del Código civil español, que resultan irrelevantes en caso de aplicación del Reglamento *Bruselas II bis*²³. Complejidad que se añade a las dificultades que puede suponer su determinación en la práctica, especialmente delicada, cuando se refiere a menores, que impide que las concreciones en otros ámbitos sean extrapolables a éste, tal y como ha señalado el TJUE²⁴.

todo, P. LAGARDE, *Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*, Procedimientos de la Decimotercera Sesión (1996), Tomo II, Protección de Menores, La Haya, SDU, 1998, pp. 535-605 y la *Nota explicativa sobre cuestiones específicas del Convenio de 19 de octubre de 1996*, 2017, disponible en www.hcch.net, consultado a 8 de enero de 2019. Conviene señalar que deben considerarse las medidas urgentes de protección de menores que prevé este Convenio, siempre, claro está, de que se trate de Estados parte. Este Convenio de la Haya de 1996 *complementa y refuerza* al Convenio de la Haya de 1980 (*Vid. el Proyecto de la Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13 (1) (b) del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de la Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños*, de octubre de 2017, 28 pp., p.5 y el *Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños de la Conferencia de Haya*, 2014, disponible en www.hcch.net). Esta complementariedad puede darse desde diferentes perspectivas y *puede facilitar* la restitución segura del niño cuando se ha opuesto la excepción de *grave riesgo*. (*Vid. el Proyecto de la Guía de Buenas...*, op. cit., esp. considerando 22 de la p. 5).

¹⁹ Capítulo introducido por la Disposición Final tercera, párrafo 10, de la *Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria* (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015, con corrección de errores en BOE, núm. 210, de 2 de septiembre de 2015).

²⁰ En relación con la audiencia del menor, *vid.* el artículo 778 *quinquies* 8 de la LEC.

²¹ En efecto, el artículo 778 *quáter*, en el párrafo 7, de la LEC refiere específicamente el auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los Jueces de enlace. En este sentido, *vid.* la *Red Internacional de Jueces de La Haya* (RIJH) -www.hcch.net- y la *Red Judicial Europea en materia civil y mercantil* (<https://e-justice.europa.eu>).

²² Sobre esta materia, *vid.* a modo de ejemplo en la jurisprudencia española, el auto de la AP de Barcelona, de 14 de diciembre de 2017, el auto de la AP Palma de Mallorca, de 20 de diciembre de 2017 y la sentencia de la AP San Sebastián, de 26 de febrero de 2018.

²³ En este sentido, “(S)egún jurisprudencia reiterada, se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Comunidad europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (véanse, en particular, las sentencias de 18 de enero de 1984, *Ekro*, 327/82, Rec. p. 107, apartado 11, y de 6 de marzo de 2008, *Nordania Finans* y *BG Factoring*, C98/07, Rec. p. I1281, apartado 17)” (Considerando 34 de la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, *A.*). Asimismo, *vid.* la sentencia del TS, de 21 de noviembre de 2017 (Roj. STS 4143/2017).

²⁴ En efecto, El TJUE afirma que “(L)a jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión europea (véanse, en particular, las sentencias de 15 de septiembre de 1994, *Magdalena Fernández/Comisión*, C452/93 P, Rec. p. I4295, apartado 22; de 11 de noviembre de 2004, *Adanez-Vega*, C372/02, Rec. p. I10761, apartado 37, y de 17 de julio de 2008, *Kozłowski*, C66/08, Rec. p. I0000), no puede trasladarse directamente al marco

13. Concretamente, para los casos de sustracción de menores, el artículo 10 del Reglamento *Bruselas II bis* establece que “(E)n caso de traslado o retención ilícitos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que resida 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”. Para lo que añade una serie de requisitos (entre otros, referidos al plazo de residencia del menor de un año en el Estado de traslado o retención -en lo que se denomina como *prorrogatio fori* limitada-). Así el precepto establece que “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”.

14. Asimismo debe considerarse lo establecido en el artículo 11 en relación con la restitución del 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. En este sentido y, aunque excede del objeto de análisis, con respecto al carácter ilícito del traslado o la retención, conviene señalar que hace referencia al traslado o a la retención de un menor que 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. En consecuencia, en el marco de la apreciación de una demanda de restitución, la determinación del lugar de la residencia habitual del menor precede a la identificación del derecho de custodia eventualmente vulnerado²⁵.

15. Así pues, la determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de traslado o retención ilícitos de menores y sus posibles modificaciones (residencia habitual provisional o adquisición de una nueva residencia habitual) marcan el eje gravitatorio del retorno inmediato del menor. Y ello teniendo en cuenta que posiblemente se está desarrollando un proceso principal que será el que resuelva sobre el fondo del asunto -la custodia-. Y ello con ciertas matizaciones, por cuanto conviene señalar el distinto enfoque que tiene la *integración del menor* en el nuevo medio bajo el marco del Reglamento *Bruselas II bis*, por comparación con el Convenio de la Haya de 1980. Así, la integración del menor, no se configura como un motivo de denegación de la restitución, sino como un criterio de competencia judicial internacional sobre la cuestión de fondo del litigio²⁶. En este sentido, el TC español se ha pronunciado señalando la importancia de este extremo al afirmar 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

de la apreciación de la residencia habitual de los menores” (*Vid.* el Considerando 36 de la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, *A.*).

²⁵ *Vid.* los considerandos 36 y 53 de la sentencia del TJUE, de 8 de junio de 2017, en el asunto C-111/17, *PPU, OL y PQ*.

²⁶ En este sentido, *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 y C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *CDT*, octubre 2016, Vol. 8, nº 2, pp. 79-91, esp. p. 88.

restitución”²⁷. Básicamente y tras lo expuesto, en tanto en cuanto la competencia judicial internacional se atribuye en el Reglamento *Bruselas II bis* de manera excepcional en los casos de sustracción internacional de menores a los tribunales del lugar de la sustracción, la apreciación de la integración del menor corresponde al juez competente sobre el fondo del asunto, que es el juez de origen. Por lo que si no se cumplen los requisitos del artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980, será este último juez, el que apreciará la integración del menor en el nuevo medio en el curso de un litigio principal sobre la custodia.

III. La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor

1. La residencia habitual del menor en el Convenio de la Haya de 1980 y en el Reglamento *Bruselas II bis*

16. Desde la perspectiva de los Convenios de la Haya sobre menores más recientes, la utilización de la residencia habitual del menor es un elemento común. Es cierto que ninguno de estos Convenios contiene una definición de este criterio, por lo que deberá ser determinada por las autoridades competentes según una serie de circunstancias fácticas. De suerte que se trata de un concepto autónomo y “debe interpretarse a la luz de los objetivos del Convenio en lugar de en virtud de las restricciones del Derecho interno”²⁸. La interpretación concepto de residencia habitual del menor ha ido acrecentando su carácter problemático en la práctica reciente, sobre todo, por las diferencias existentes en las interpretaciones de los distintos Estados parte, que llevan a configurarlo como un criterio más flexible, o de mayor rigidez si se centra en la residencia a largo plazo²⁹. Las diferentes tendencias jurisprudenciales para la determinación de la residencia habitual suelen centrarse, mayoritariamente, en la consideración de la cuestión como fáctica según las circunstancias de cada caso y a la luz de la realidad de la vida del menor. Si bien existen otras líneas que llevan a considerar como cuestión central la intención de los padres, o también, un enfoque que combina la conexión del menor con la intencionalidad de los progenitores³⁰.

17. En definitiva, la interpretación autónoma de la residencia habitual del menor debe, pues, realizarse en atención al contexto de la disposición y al objetivo de la normativa donde se inserta. Y para ello también resultan clave los criterios interpretativos establecidos por la jurisprudencia del TJUE, a los que se remiten expresamente los propios materiales de la Conferencia de la Haya³¹. Razón por la que conviene partir de lo establecido en los Considerandos 12 y 13 del Reglamento *Bruselas II bis*:

«(12) Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.

(13) Para atender al interés del menor, el presente Reglamento permite al órgano jurisdiccional competente, con carácter excepcional y en condiciones determinadas, remitir el asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que esté mejor situado para conocer del asunto. [...]»

²⁷ Vid. la sentencia del TC, de 1 de febrero de 2016 (RTC/2016/16).

²⁸ Vid. *Manual Práctico sobre el funcionamiento 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*, párrafo 13.83, disponible en la página web de la Conferencia de la Haya en www.hchc.net (consultado 10 de enero de 2019).

²⁹ Vid. P. McLEAVY, *INCADAT-Comentario sobre el Análisis de Jurisprudencia: Residencia habitual*, disponible en la página web de la Conferencia de La Haya en www.hchc.net (consultado 10 de enero de 2019).

³⁰ Vid. R. Schuz, “Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention: Theory and Practice”, *Theory and Practice, Child and Family Quarterly*, vol. 13, 1, 2001.

³¹ Vid. la *Nota explicativa sobre...*, *op. cit.*, nota 5, p. 1, disponible en la página web de la Conferencia de la Haya en www.hchc.net (consultado 10 de enero de 2019).

18. En este sentido, el principio marco para la determinación de la residencia habitual del menor es el interés superior del menor, que, obviamente, presenta aspectos de orden público. La consecución de este objetivo se manifiesta a través del principio de proximidad, que responde de manera más veraz a la realidad fáctica y cotidiana del menor y *que permite al* órgano jurisdiccional más próximo y que mejor conoce su situación y estado de desarrollo, tomar las medidas necesarias³². Uno de los elementos que ha reseñado el TJUE en su jurisprudencia es el relativo a que el menor tenga “cierta integración” en un entorno social y familiar³³.

19. Además, existe una regla subsidiaria presente en el artículo 13.1 del Reglamento *Bruselas II bis* que establece que cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor³⁴. Así, la presencia del menor en un determinado territorio se presenta como un criterio de proximidad para el caso en el que el juez nacional no pueda determinar la residencia habitual del menor. Este precepto ha sido interpretado por el TJUE en el sentido en el que la mera presencia física del menor en un Estado miembro no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor y que la residencia habitual del menor debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso³⁵.

2. La interpretación del concepto autónomo en la jurisprudencia del TJUE

20. Una vez derivados estos extremos de la normativa, conviene añadir lo que establece el TJUE, a través de su jurisprudencia, en relación con la determinación de la residencia habitual del menor. Si bien estas consideraciones refieren específicamente a su concreción en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento *Bruselas II bis*, lo cierto es que son operativas por aplicación analógica en los casos de sustracción internacional de menores, tal y como lo ha interpretado el TJUE³⁶.

21. Así, el TJUE afirma que, mediante una evaluación de conjunto, compete a los órganos jurisdiccionales estatales determinar el lugar de residencia habitual de los menores a la luz de los siguientes criterios³⁷:

a.- Además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar.

b.- En particular han de tenerse en cuenta la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado.

³² Vid. la sentencia del TS, de 19 de julio de 2018 (Roj. STS 2832/2018).

³³ Vid. la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, A.

³⁴ En este sentido, el artículo 13.1 refiere expresamente a *que no se pueda determinar la residencia habitual del menor y no pueda determinarse* (reiteración literal) la competencia sobre la base del artículo 12. Sin embargo, el hecho de que el párrafo segundo de este precepto extienda su aplicación a los supuestos de menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país, convierte en razonable su aplicación analógica a los supuestos de sustracción internacional de menores, como así lo ha refrendado el TJUE (*vid.* la sentencia del TJUE, de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-497/10, *Mercredi*).

³⁵ Vid. los Considerandos 33 y 37, respectivamente, de la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, A.

³⁶ Vid. la sentencia del TJUE, de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-497/10, *Mercredi* y la sentencia del TJUE, de 8 de junio de 2017, en el asunto C-111/17, *PPU, OL y PQ*.

³⁷ Básicamente, se reproducen casi literalmente los considerandos 38 a 41 de la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, A, por cuanto en propio TJUE afirma que “(A) la luz de los criterios expuestos en los apartados 38 a 41 de la presente sentencia y según una evaluación de conjunto, compete a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar el lugar de residencia habitual de los menores” *vid.* el Considerando 42 de la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, A.

c. (...) (L)a intención de los padres de establecerse con el menor en otro Estado expresada a través de circunstancias externas, como la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino, pueden ser un indicio del traslado de la residencia habitual. Otro indicio puede estar constituido por la solicitud de una vivienda social presentada ante los servicios competentes del referido Estado.

d. Por el contrario, el hecho de que los menores permanezcan en un Estado miembro en el que llevan una vida errante durante un corto período de tiempo puede ser un indicio de que los menores no tienen su residencia habitual en ese Estado.

22. Junto a estos criterios, conviene hacer referencia a una situación que puede concurrir de manera frecuente en los supuestos de sustracción internacional de menores y que se concreta en el carácter temporal o provisional de la presencia del menor en el territorio de un determinado Estado. Y ello porque la provisionalidad de la estancia del menor en un determinado territorio no favorece la determinación de la residencia habitual del menor. Por esta razón, en estos casos, deben ponderarse el conjunto de circunstancias concretas y no computar el tiempo de estancia del menor que pudiera beneficiar al progenitor sustractor. Del mismo modo, el carácter provisional del traslado de un menor no puede configurarse como un elemento concluyente para considerar que se ha producido un cambio en su residencia habitual. Y conviene, además, tener en cuenta otros extremos, como, por ejemplo, la especificidad que puede suponer la determinación de la residencia habitual de un menor de corta edad, como es un lactante. En estos casos, además de los criterios señalados con anterioridad, también se han tenido en cuenta los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales de la madre y el menor³⁸.

23. Recientemente el TJUE ha interpretado el concepto de residencia habitual en relación específicamente con el artículo 11.2 del Reglamento *Bruselas II bis*. Y ello porque se erige como un criterio clave para apreciar si una demanda de restitución es fundada, ya que esta únicamente podrá prosperar si, inmediatamente antes del traslado o de la retención, el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro al que se solicita su restitución. Y dado, como hemos visto, que un procedimiento de restitución es, por naturaleza, un procedimiento expeditivo, que tiene por objeto restituir el *statu quo ante* y siendo que el concepto de residencia habitual, en el sentido del Reglamento *Bruselas II bis*, debe interpretarse en función del interés superior del menor, lo que impide que la intencionalidad de los padres pueda constituir por sí solo el criterio de determinación de la residencia habitual y por ende la consideración del traslado o la retención como ilícitos. Razón por la que, en este caso concreto, en tanto en cuanto no se puede determinar la residencia habitual del menor por la aceptación del criterio de la intencionalidad de los padres, el traslado o la retención posterior, no resulta, por ende, ilícita³⁹.

V. Conclusiones

24. La regulación de la sustracción internacional de menores cuenta con un marco normativo poliédrico que conjuga la interacción entre los regímenes convencional, institucional y estatal de modo complementario. El retorno inmediato del menor que introduce el Convenio de la Haya de 1980 y que actualmente cuenta con 99 Estados parte, requiere de las medidas de protección del Convenio de la Haya de 1996 y se canaliza por los procedimientos internos de cada Estado parte (la LEC en España) y, en caso de que el traslado o la retención sean *intracomunitarios*, se añade lo establecido a tal efecto por el

³⁸ Vid. la sentencia del TJUE, de 9 de octubre de 2014, en el asunto C-376/14 PPU, C y M.

³⁹ Concretamente, en este supuesto se trataba de un menor que *ha nacido y permanecido con su madre de manera ininterrumpida durante varios meses, por voluntad común de sus progenitores, en un Estado miembro distinto de aquel en el que éstos tenían su residencia habitual antes del nacimiento del menor, la intención inicial de los progenitores en cuanto al regreso de la madre con el menor a este último Estado miembro no permite considerar que ese menor tiene en dicho Estado miembro su «residencia habitual», en el sentido del citado Reglamento. En consecuencia, en tal situación, la negativa de la madre a regresar a ese mismo Estado miembro con el menor no puede considerarse «traslado o retención ilícitos» del menor, en el sentido del citado artículo 11, apartado 1 (vid. el considerando 70 de la sentencia del TJUE, de 8 de junio de 2017, en el asunto C-111/17, PPU, OL y PQ).*

Reglamento *Bruselas II bis*. Bajo este contexto, la residencia habitual del menor es el eje gravitatorio del sistema que decide la competencia judicial internacional, además del carácter lícito o ilícito del traslado o la retención y, en último término, y en función de su concreción o modificación si se producirá finalmente o no el retorno inmediato del menor. Piénsese que este elemento fundamenta la demanda de restitución por cuanto esta solo prosperará si el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o la retención ilícitos en el Estado donde se presenta.

25. Este marco regulador del retorno del menor en los casos de sustracción internacional de menores no incorpora un concepto de residencia habitual del menor y tampoco remite al Derecho interno de los Estados parte. Razón por la que esta debe establecerse un concepto autónomo de residencia habitual del menor en atención al contexto de las disposiciones y a los objetivos del Reglamento, que, según lo expuesto, conducen a los principios de interés superior del menor y de proximidad para su determinación. Además resultan clave los criterios interpretativos del TJUE, que si bien no permiten extrapolar los elementos de concreción establecidos en otros sectores del Derecho, sí que abogan por una interpretación uniforme del concepto de residencia habitual del menor en el Reglamento *Bruselas II bis*. Ello supone la aplicación de los criterios interpretativos de los artículos 8 y 10 del Reglamento en materia de competencia judicial internacional, al artículo 11.1 en materia de retorno inmediato del menor.

26. En definitiva y con carácter general, el TJUE, que opta por una posición *puerocentrista*, configura la interpretación autónoma de la residencia habitual del menor como una cuestión fáctica que se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. De suerte que son competentes los órganos jurisdiccionales nacionales determinar ese lugar teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso. Para ello, y junto a la presencia física del menor en un Estado miembro -que es necesaria pero no basta por sí sola-, deben tenerse en cuenta otros factores para determinar que dicha presencia del menor no tiene carácter temporal u ocasional sino que es valedora de la citada integración en un entorno social y familiar. Otro elemento que ha sido discutido es el relativo a la intención de los padres, sobre todo por lo que afecta a menores de corta edad. Esta circunstancia no puede, por sí sola, resultar determinante en la concreción de la residencia habitual de un menor, pero, según el TJUE, constituye un *indicio* que puede completar la consideración de un conjunto de circunstancias en cada caso concreto.

27. Finalmente, no pueden perderse de vista algunos aspectos en atención a las especificidades propias de los supuestos relativos al retorno inmediato de los menores que afectan a la determinación de la residencia habitual del menor y en los que incide el TJUE. Especialmente, en una demanda de restitución, dado su carácter expeditivo, la concreción de esta debe basarse en elementos que puedan comprobarse de manera rápida y fácilmente y, en la medida de lo posible, que sean *unívocos*. Además, precisamente por su naturaleza restitutoria, el retorno pretende devolver al menor al entorno que le es más familiar y, con ello, a restaurar la continuidad de sus condiciones de vida y desarrollo, circunstancias que responden a los principios de proximidad e interés superior del menor. Del mismo modo, el retorno inmediato del menor en el Reglamento *Bruselas II bis* no puede favorecer, a través de la determinación de la residencia habitual del menor, que los progenitores puedan reforzar su posición en cuanto a la cuestión de fondo -la custodia del menor- evitando, la competencia de los órganos jurisdiccionales designados en principio. Teniendo en cuenta que una resolución que resuelva sobre la restitución del menor -positiva o negativamente- no zanja la cuestión de la custodia de éste. En este sentido, el TJUE afirma que la imposibilidad de beneficiarse de un procedimiento de restitución en el litigio principal no obsta para que el padre reclame sus derechos sobre el menor mediante un procedimiento sobre el fondo relativo a la responsabilidad parental, incoado ante los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de él en virtud de lo dispuesto en el Reglamento, y en el que podrá examinarse el conjunto de las circunstancias, incluido el comportamiento de los padres.

28. Así, resulta extremadamente difícil cerrar la concreción de un concepto fáctico modulado por el principio del interés superior del menor que necesariamente debe concretarse *ex casu* en atención

al conjunto de las circunstancias de cada supuesto. Las dificultades que plantean las situaciones que afectan a la responsabilidad parental en los casos de sustracción internacional de menores con o sin la restitución inmediata del menor, exigen un esfuerzo adicional, que sin duda ha realizado el TJUE. En este sentido, el enfoque centrado en el menor y la flexibilización del criterio temporal, así como la utilización de elementos fácticos en una apreciación casuística han resultado las claves para la construcción progresiva de un concepto autónomo de residencia habitual del menor.