

**Sala Segunda. Sentencia 16/2016, de 1 de febrero de 2016 (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2016).**

**STC 016/2016**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 2937-2015, promovido por doña D.V.D., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Celia Fernández Redondo y asistida por el Abogado don Juan Ramón Montero Estévez, contra el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 31 de marzo de 2015, recaído en recurso de apelación núm. 960-2014, y el Auto de la misma Sección de 13 de abril de 2015, que deniega aclaración contra el Auto del Juzgado de Violencia contra la Mujer núm. 11 de Madrid, de 14 de abril de 2014, en autos de sustracción internacional de menores 1-2013. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha comparecido don Ph.K., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Margarita López Jiménez y asistido por el Abogado don Adolfo Alonso Carvajal. Ha sido Ponente don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 22 de mayo de 2015, la Procuradora de los Tribunales doña Celia Fernández Redondo, en nombre y representación de doña D.V.D., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El 7 de noviembre de 2013 el padre de la menor O.K.V. promovió expediente de sustracción internacional de menores para la restitución de la menor a Suiza. La menor, que había nacido el 17 de diciembre de 2009, había sido desplazada a España por la madre en agosto de 2013. Ante la oposición de la madre, el expediente se hizo contencioso y se remitió a los trámites del juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid. Planteada cuestión de competencia objetiva, el Juzgado de Primera Instancia se inhibió en favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 11 de Madrid donde se siguió el procedimiento, autos de sustracción internacional de menores 1-2013.

b) Por Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 11 de Madrid, de 14 de abril de 2014, se desestimó la solicitud de restitución. El Auto, en aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, considera incontestable que la menor tenía su residencia habitual en Suiza, donde convivía con sus padres, establece que se ha producido un traslado ilícito en los términos del convenio, descarta la concurrencia de la excepción prevista en el art. 13 a), esto es, consentimiento o aceptación del traslado o retención, y estima la excepción prevista en el art. 13 b), de conformidad

con el cual, la autoridad del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable".

En síntesis, el Juzgado valora las denuncias formuladas por la madre contra el padre por violencia de género, tanto en España como en Suiza, y, toma particularmente en consideración "que, al ser preguntado por los sucesos inmediatamente anteriores al traslado de su hija, el Sr. K., en su declaración prestada el 17 de septiembre ante la policía de Neuchatel — poco después de acordarse las medidas provisionalísimas impuestas en Suiza y antes de la promoción de este expediente en España— admitió haber arrancado las gafas de su compañera y haberlas tirado al suelo, provocándole una rozadura en la nariz" (FJ 3). A ello anuda el Juzgado que "no es razonable desvincular la actual estancia de la niña en España de las poderosas razones que llevaron a su madre en agosto de 2013 a desplazarse hasta este país y renunciar a regresar a Suiza tras las vacaciones", para finalmente invocar el interés superior del menor y concluir en el riesgo de acceder a la restitución antes de que los tribunales penales se pronuncien sobre la cuestión.

c) El padre de la menor interpuso recurso de apelación, que se siguió ante la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda), rollo 960-2014. Se pedía la declaración de nulidad del Auto de 14 de abril de 2014 y, como consecuencia, también la nulidad de un Auto de 3 de marzo de 2014, de denegación de la declinatoria de jurisdicción, pendiente de queja, ambos del Juzgado de Violencia núm. 11 de Madrid y, subsidiariamente, la revocación del Auto de 14 de abril de 2014 en cuanto al fondo, en el sentido de acordar la restitución. El recurso fue estimado por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 31 de marzo de 2015.

El Auto de la Audiencia refiere el conjunto de procedimientos seguidos en España y Suiza en que se enmarca el proceso de restitución y descarta de forma motivada la nulidad. Respecto a la nulidad del Auto de 3 de marzo que se solicita, el Auto aclara que el objeto de la apelación es el Auto del Juzgado de 14 de abril de 2014 que resuelve exclusivamente desestimar la solicitud de retorno de la menor, sin acordar pronunciamiento sobre jurisdicción y competencia y confirma de forma motivada la competencia del Juzgado de Violencia núm. 11 de Madrid.

Una síntesis de los criterios esenciales de esta resolución pueden concretarse del siguiente modo:

1. El Auto analiza la cuestión central, esto es, la decisión relativa a la solicitud de restitución de la menor al amparo del Convenio de La Haya de 1980 y reproduce los arts. 1, 3, 4 y 5 del Convenio, señalando literalmente: "Acorde con todo ello para el caso de que se produzca aquella previsión legal del traslado o retención así definida en el Convenio como ilícita el art. 12 estipula 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 periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún 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 ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.” Y ello, sin embargo, con las excepciones que se contemplan en el siguiente precepto al descartar que “no obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o, b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor”. Y para un mayor esclarecimiento de toda la situación fáctica y jurídica que concierne y afecta al menor y dada la concreta y precisa finalidad del procedimiento que nos ocupa el art. 14, permite que: “Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables”. Y por último y como no podía ser de otra forma el art. 19 concluye que “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” (FJ 3).

2. El Auto confirma la existencia de un traslado ilícito y la ausencia de consentimiento al traslado en los términos del Convenio, si bien, en contra de lo concluido por el Juzgado, descarta la concurrencia en el caso de la excepción del art. 13 b) del Convenio en el fundamento jurídico 6, al subrayar: “Y resta por examinar la segunda de las excepciones reguladas que concierne a la existencia de riesgo de peligro alguno para la menor o la posibilidad de ponerla en situación intolerable, excepción habilitante que finalmente se acoge en el auto recurrido que bajo la premisa de no entremezclar los procedimientos penales con el objeto litigioso que nos ocupa —lo que ya se apunta en la vista oral— para salvaguardar la integridad psíquica de la menor estima finalmente la existencia de esta excepción, señalando, sin embargo, como conclusión, que el desplazamiento de la menor “pudo estar motivado por la necesidad defensiva de poner fin a una supuesta actividad delictiva imputable al solicitante de la restitución que, en caso de haberse producido, habría sido

gravemente perjudicial para la menor durante una etapa crucial de su formación... Y es que, en definitiva, solamente en el rastreo de la abundante y prolija documentación cabe averiguar y finalmente detectar —y sin que ello, en modo alguno signifique prejuzgar cuestiones ajenas a esta jurisdicción que no son de nuestra competencia valorar— la posible existencia de ese grave riesgo de que la restitución de O. la exponga a “un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” tal y como establece la excepción del convenio. Y en este sentido el examen de cuanto se ha actuado, conforme a la exigencias del artículo 217 de la LEC, no permite concluir en la forma razonada en el auto apelado por cuanto los numerosos datos, informaciones, dictámenes, declaraciones, en definitiva, confusos, contradictorios en alcance y contenido —por lo que ahora importa y solo a los efectos que nos ocupan— no evidencian la existencia del riesgo al que se alude en el citado precepto”.

3. El Auto procede a comprobar en la documentación la eventualidad de aquella situación y repasa el caudal probatorio: el documento relativo al altercado ocurrido el 3 de agosto de 2013 en Grecia, en el que la apelada pone de manifiesto que fue el padre del apelante el que le agredió y amenazó y que el apelante se negó a entregar el pasaporte de la hija, que se verbaliza agresión por el apelante en el parte médico del Aeropuerto de Madrid-Barajas, donde se denuncian amenazas por su pareja; la exploración clínica al efecto y el parte del servicio de urgencias del Hospital Gregorio Marañón, ambos de 4 de agosto de 2014, cuyo contenido se recoge, todo lo cual avala una situación de alerta, infiriéndose asimismo una actitud vigilante o de atención y significándose que el informe médico refleja “los datos ofrecidos por la usuaria, y, en ningún caso, constituyen un peritaje forense”; el certificado médico relativo al padre, que reseña tratamiento por ansiedad debido a la pérdida de todo contacto con su hija y en el que el médico concluye que no “debe confundirse con el tratamiento de una eventual propensión a la violencia conyugal, sobre la cual no encontré ningún indicio durante nuestras entrevistas”. Sigue el informe de urgencias del SAR de Cercedilla en el que se refiere ya una agresión física por su marido y suegro, la denuncia ante la policía el 4 de agosto en que relata que su pareja “le arranca de manera agresiva el teléfono de la oreja... propinando un golpe fuertemente en el rostro a la altura del ojo izquierdo arrancándole las gafas de sol que porta”, y que en el informe forense del Juzgado de Violencia núm. 11 se relata que “su pareja la agrede mediante la sujeción por el brazo izquierdo y al ir a quitarle las gafas la araña en la cara”. “Y en este mismo orden de cosas”, la declaración prestada por el interesado ante las autoridades suizas en que manifestó que cuando le contestó doña D. con quien hablaba “entonces tuve un gesto y le arranqué las gafas y las tiré al suelo. Tuvo en esta ocasión una rozadura en la nariz. No puedo explicar por qué elegí las gafas, no lo sé. Fue un gesto reflejo. Estaba preso de una fuerte emoción. D. se envalentó y llamó a la policía” y precisa que la niña es la primera vez que había sido testigo de tensiones entre ellos.

4. El Auto reconoce que se activó el protocolo de violencia de género, que incoadas diligencias previas ante el Juzgado de Violencia núm. 11 por denunciados malos tratos durante la larga convivencia de la pareja la propia interesada alegó su falta de denuncia previa, que el Juzgado rechazó la adopción de medidas de protección por “indicios todavía muy débiles pudiendo investigar solo los hechos ocurridos en Maspalomas en el año

2011”, que en Auto del Juzgado de Violencia núm. 11 de 9 de diciembre de 2012 sobre la misma cuestión se refieren “motivaciones espurias o, como mínimo, demasiadas vinculadas a la problemática civil de fondo, sobre todo cuando se detecta que esa contienda ha podido actuar como factor desencadenante de los sucesos que dan lugar a la denuncia” y se refiere al Auto de 5 de agosto de 2013, confirmado por la Audiencia Provincial de Madrid en auto de 7 de octubre de 2013 en el que se concluye que “no existen elementos probatorios que permitan inferir la existencia de la situación objetiva de riesgo para la recurrente —quien había instado la adopción de orden de protección— ni y por lo que ahora importa para su hija menor”.

5. La fundamentación concluye: “De todo ello la Sala —y solo a los fines que ahora nos ocupan— no puede vislumbrar la situación de riesgo que se menciona en el precepto, debiendo adoptar medidas para proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita procediendo establecer los mecanismos que permitan garantizar la restitución del menor al Estado en que tenga su residencia habitual. Como conclusión de todo ello se significa que ha quedado acreditado el hecho de la retención ilícita, dado que el padre jamás consintió el traslado de la niña en calidad de cotitular de la patria potestad, y a la que no ha vuelto a ver desde hace varios meses, hecho incuestionable cuya modificación, ha de acordarse debiendo de estarse al interés superior de la menor, interés que constituye el principio base de todo el derecho relativo a los mismos, y que se ha conformado como uno de los principios esenciales del derecho moderno de la persona y de la familia, como se desprende, entre otras normativas, de la LO 1/1996, del 15 de enero, y de la Convención sobre los Derechos del Niño hecha en Nueva York el 20-11-1989 (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991. Por todo cuanto se ha razonado y sin que tales pronunciamientos alcancen a otros procedimientos ajenos a esta jurisdicción recordando, en todo caso los contenidos de los artículos 16 y 17 del Convenio de La Haya, procede estimar la solicitud formulada por D. Ph.K. y en consecuencia se ordenará la restitución inmediata de la menor O.K.V. a Suiza, a su residencia habitual, en el domicilio paterno”.

Como consecuencia de la estimación del recurso de apelación la Audiencia deja sin efecto la prohibición de salida del territorio español de la menor acordada en Auto de 15 de abril de 2014 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 11 de Madrid en autos de medidas provisionales previas 1-2014.

d) Ambas partes solicitaron aclaración, que fueron desestimadas por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 13 de abril de 2015.

e) La madre de la menor formuló incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, con invocación de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). El incidente fue inadmitido por providencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 21 de mayo de 2015, porque las cuestiones suscitadas pretendían en realidad una revisión y nueva valoración de lo razonado en el Auto de 31 de marzo de 2015.

f) El procedimiento de sustracción internacional de menores 1-2013 seguido ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer núm. 11 de Madrid se encuadra

en un entramado de procedimientos subsiguientes a la sustracción, que pueden concretarse del siguiente modo:

1. En el orden civil, ante los tribunales suizos, procedimiento de medidas previas superprovisionales, resuelto por providencia del Tribunal Regional de las Montañas y Val-de Ruz de 12 de septiembre de 2013, y de medidas provisionales, resuelto por Auto del mismo órgano judicial de 11 de diciembre de 2013, confirmada por resolución del Tribunal Cantonal de Neuchâtel de 10 de febrero de 2014 y finalmente por Sentencia del Tribunal Federal de Laussanne, de 25 de junio de 2014. Estas resoluciones judiciales otorgan la guarda y custodia de la menor al padre.

2. En el orden civil, ante los tribunales españoles, procedimiento de medidas paternofiliales ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 11 de Madrid (autos guarda y custodia 5-2014) en el que la demanda fue admitida a trámite por Decreto del Juzgado de 26 de junio de 2014. Esta demanda fue precedida de demanda de medidas provisionales previas 1-2014. En el curso de las medidas provisionales previas se desestimó una declinatoria de jurisdicción planteada por el padre por el Auto de 3 de marzo de 2014, confirmado por Auto de 2 de junio de 2014. También en autos de medidas provisionales 1-2014 se dictó Auto de 15 de abril de 2014 que establece una regulación provisional de los derechos de guarda y alimentos por la que se atribuye la guarda y custodia a la madre, con sujeción a la patria potestad ejercida por ambos progenitores, establece un régimen de visitas para el padre y obligación de alimentos, y prohíbe la salida del territorio nacional de la menor sin consentimiento expreso de ambos progenitores o, en su defecto, sin autorización judicial. Igualmente en el orden civil, ante los tribunales españoles, existe un procedimiento de exequatur, entre otras, de las resoluciones suizas de 12 de septiembre de 2013 y 11 de diciembre de 2013, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid (autos 911-2013). La solicitud fue desestimada por Auto de 23 de junio de 2014 dictado por dicho Juzgado.

3. En lo atinente al orden penal, se han promovido diversos procedimientos, tanto ante los tribunales suizos como ante los tribunales españoles, ya contra el padre, ya contra la madre. Entre ellos, en España, contra don Ph.K. ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 11 de Madrid (diligencias previas 362-2013). En dichas diligencias se ha aceptado por Auto de 22 de junio de 2015 la inhibición efectuada por Auto del Juzgado mixto núm. 4 de Linares y en precedente Auto de 29 de noviembre de 2013 se han acumulado las diligencias previas núm. 694-2013 procedentes del Juzgado de Violencia de la Mujer núm. 6 de Madrid. En el curso de este procedimiento se denegó a la recurrente la orden de protección solicitada: una primera solicitud, por Auto del Juzgado de 5 de agosto de 2013, confirmado por Auto del Juzgado de 18 de septiembre de 2013 y finalmente por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Séptima) de 7 de octubre de 2013; también una segunda solicitud, por Auto del Juzgado de 9 de diciembre de 2013.

Los tribunales españoles han acotado su conocimiento a los hechos denunciados cometidos en España, con exclusión de los cometidos en Suiza y Grecia, según consta en los Autos del Juzgado de 7 de enero de 2014 y de 24 de febrero de 2014. Inicialmente fueron objeto de un Auto dictado por el Juzgado de Violencia núm. 11 de Madrid que en fecha 30 de septiembre de 2013 decretó el sobreseimiento provisional y procedida la reapertura de las

actuaciones en Auto de 27 de noviembre de 2013, penden de conclusión, según providencia de 20 de agosto de 2015.

Los hechos ocurridos en Grecia en agosto de 2013 fueron objeto de investigación por los tribunales suizos y así consta en Auto de desestimación de 12 de agosto de 2014.

3. La parte recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En relación con la inadmisión del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones la parte recurrente denuncia la indebida inadmisión del incidente, sin motivación alguna y sin entrar en las pretensiones deducidas, así como que dicha decisión debió revestir la forma de Auto.

En relación con la orden de restitución de la menor la recurrente denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) con cita de las vertientes de acceso a la jurisdicción, incongruencia omisiva y derecho a una resolución judicial razonada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones. En este sentido alega que el Auto recurrido en amparo acuerda la restitución de la menor en contradicción con el Auto del Juzgado de Violencia contra la Mujer núm. 11, de 15 de abril de 2014, Auto firme que atribuye la guarda y custodia a la madre, y con el Auto de 26 [sic] de junio de 2014, que deniega el exequatur de las resoluciones suizas. A ello anuda igualmente la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

También denuncia que el Auto recurrido no analiza la labor del Juzgado ni la documentación, que incurre en falta de claridad, precisión e incongruencia, y que soslaya el análisis del complejo conjunto procedimental en que se incardina; que la competencia del Juzgado de Violencia no fue cuestionada en la apelación y, sin embargo, el auto recurrido resolvió sobre ello, por lo que incurre en incongruencia; que el Auto descarta la existencia de riesgo para la menor de forma imprecisa, sin concretar los datos en que se basa, para, a continuación, entrar a valorar hechos pendientes ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer, cuyas decisiones se cuestionan, que el padre de la menor está imputado, que ha reconocido los malos tratos y que el Auto obvia que la madre tiene la custodia legalmente en España.

A continuación, la parte recurrente subraya que la Audiencia confunde la peligrosidad para la madre con la de la niña y sostiene que el hecho de que la orden de protección fuera denegada respecto de la madre no significa que no exista riesgo para la menor.

A todo ello anuda "error notorio", arbitrariedad, motivación insuficiente e incongruencia interna.

Finalmente, denuncia la contravención del principio de interés superior del menor, con cita de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, y de la Convención sobre los derechos del niño, de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Así, argumenta que no se han tenido en cuenta las circunstancias actuales de la menor: su edad, el tiempo que lleva residiendo en España, el cuidado de su madre, arraigo, escolarización, estabilidad, el nacimiento de un hermano en España, que el padre lleva veinte meses sin ver a su hija y la imposibilidad que tendría la madre para ejercer sus derechos inherentes a la patria potestad y régimen de visitas en Suiza (por las resoluciones judiciales dictadas en Suiza en los procesos subsiguientes a la sustracción de la menor por la madre seguidos

tanto en el orden civil como penal; procesos en los que dice haber sufrido indefensión).

Hay que reseñar que, al referir la especial trascendencia constitucional del recurso, la recurrente invoca "los imperativos que determinan la igualdad ante la ley o en su aplicación" y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) "en supuestos de condena en segunda instancia". Y que en un apartado "Primero. Antecedentes de hecho, conflicto real que se plantea y antecedentes procesales", además de avanzar otras denuncias, refiere reforma peyorativa, por haberse dejado sin efecto el Auto de 15 de abril de 2014 dictado en otro procedimiento y sin que haya sido interesado por ninguna de las partes.

Por todo ello, la parte recurrente solicita que se declare que la resolución judicial recurrida y las que traen causa de la misma vulneran los derechos a la tutela judicial efectiva, a la prohibición de indefensión (art. 24.1 CE) y al derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que se restablezca al demandante de amparo en sus derechos, que se declare la nulidad del Auto de 31 de marzo de 2015 y de cuantas resoluciones traen causa del mismo, y que se retrotraigan las actuaciones al momento previo al dictado del Auto de 31 de marzo de 2015. Mediante otrosí en la propia demanda de amparo se solicitó la suspensión del auto recurrido.

4. Por providencia de 25 de mayo de 2015, la Sección Tercera de la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir a la Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid para que en plazo de diez días remitiera testimonio de la apelación núm. 960-2014, así como al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 11 de Madrid, para que en el mismo plazo remitiera testimonio de las actuaciones correspondientes a los autos núm. 1-2013 (sustracción de menores), interesándose al tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción de la recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional. En la misma providencia de 25 de mayo de 2015 se acordó la suspensión cautelar de las resoluciones impugnadas al apreciar la urgencia excepcional a que se refiere el art. 56.6 LOTC, toda vez que dicha ejecución produciría un perjuicio de imposible o muy difícil reparación que haría perder su finalidad al amparo; asimismo, acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión.

5. Por providencia de la misma fecha se acordó la apertura de la correspondiente pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión, concediéndose un plazo común de tres días a la recurrente y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones sobre el particular, conforme a lo previsto en el art. 56 LOTC.

Por diligencia de ordenación de 11 de junio de 2015 se tuvo por personada a la Procuradora doña Margarita López Jiménez, en nombre y representación de don Ph.K., concediéndose el plazo de tres días para que alegara lo pertinente sobre la suspensión.

Evacuados los trámites correspondientes, mediante Auto de 6 de julio de 2015 la Sala Segunda acordó mantener la medida cautelar de suspensión acordada por la providencia de 25 de mayo de 2015, de acuerdo con lo interesado por el Ministerio Fiscal y la recurrente.

6. En fecha 6 de julio de 2015 tuvo entrada en este Tribunal escrito de la procuradora doña Margarita López Jiménez, en nombre y representación de don Ph.K., en el que se suplica "me tenga por personado y por contestada la demanda de amparo solicitada, y ya contestada previamente la suspensión del acto recurrido, evacuado en tiempo y forma el trámite de alegaciones sobre la suspensión de la restitución de la menor a Suiza, y acuerde levantar la misma y poner fin a ella, y seguir la ejecución por sus trámites en el momento en que quedaron suspendidos los mismos, y desestimar el recurso de amparo interpuesto por doña D. con expresa imposición de las costas procesales a la demandante". En el escrito se reproducen los argumentos esgrimidos en la oposición a la suspensión, se establece la frontal discrepancia con las vulneraciones imputadas a la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid y se refiere, a su vez, la vulneración de derechos fundamentales del padre y de la menor, con invocación del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por el Juzgado de Violencia núm. 11 de Madrid y este Tribunal.

7. Por diligencia de ordenación de 8 de julio de 2015 del Secretario de Justicia de la Sala Segunda se acordó unir el escrito y documentos de la procuradora doña Margarita López Jiménez, a quien ya se tuvo por personada y parte en nombre y representación de don Ph.K., en diligencia de ordenación de 11 de junio de 2015, y se acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

8. La representación procesal de la demandante de amparo formuló sus alegaciones mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro General de este Tribunal el día 8 de septiembre de 2015, en el que se remite a los argumentos expuestos en la demanda y, siguiendo su propia denominación, contesta al escrito de contrario que tuvo entrada en este Tribunal el 6 de julio de 2015.

9. Por diligencia de ordenación de 22 de septiembre de 2015 se acordó unir el escrito de la Procuradora doña Margarita López Jiménez, en nombre y representación de don Ph.K. Al escrito acompaña carta enviada por el representado directamente.

10. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 28 de septiembre de 2015, interesando el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) con declaración de nulidad del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 31 de marzo de 2015 y retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse, para que se dicte nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental.

El escrito parte de la necesidad de precisar las resoluciones recurridas, que concreta, no sólo en los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 31 de marzo de 2015 y de 13 de abril de 2015, sino también en la providencia de 21 de mayo de 2015, si bien para afirmar la accesoria del Auto de 13 de abril de 2015 y la providencia de 21 de mayo de 2015 respecto del Auto de 31 de marzo de 2015. También aclara que el objeto de la demanda de amparo se constriñe a la vulneración del

derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en las vertientes de derecho a una resolución judicial motivada y a una resolución judicial congruente.

El Fiscal expone la discrepancia entre los órganos judiciales en cuanto a la situación de peligro para la menor y a ello anuda dos argumentos que le conducen a interesar la estimación del amparo. Sostiene que los tribunales españoles han otorgado la guarda y custodia a la madre, con régimen de visitas para el padre, resolución ante la que el padre se aquietó y con la que el Auto de la Audiencia Provincial resultaría contradictorio y comprometería el derecho fundamental de quien la ha obtenido a su ejecución. Además, mantiene que la decisión debió ponderar debidamente el interés del menor. En este sentido, el Fiscal pone de relieve que la menor está en España desde agosto de 2013, que dicha situación fue reconocida como ajustada a derecho por las autoridades judiciales españolas que, a su vez, denegaron la ejecución de las resoluciones judiciales suizas, para concluir que esta situación habría debido ser analizada en la resolución recurrida en amparo. Todo ello, sigue el Fiscal, sin perjuicio de la ausencia de alegación de otra vulneración de derechos fundamentales relacionados con la protección de la vida familiar, que no pueden ser objeto de análisis por falta de invocación.

11. Por diligencia de ordenación de 8 de octubre de 2015 se acordó unir escrito y documentos presentados por la procuradora doña Margarita López Jiménez, en nombre y representación de don Ph.K. Por sucesivos escritos se aporta nueva documentación presentada por ambas partes, quedando el recurso de amparo pendiente para deliberación.

12. Por providencia de 28 de enero de 2016 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 1 de febrero del mismo año.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 31 de marzo de 2015, recaído en recurso de apelación núm. 960-2014, y el Auto de la misma Sección de 13 de abril de 2015, que deniega aclaración.

En la demanda de amparo se alega la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con invocación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). La parte recurrente denuncia la inadmisión del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones formulado contra el Auto de 31 de marzo de 2015, de forma inmotivada y mediante providencia, y, respecto al Auto de 31 de marzo de 2015, se opone a la estimación del recurso de apelación y la consecuente orden de restitución de la menor a Suiza. A ello anuda la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en varias vertientes y en particular, en el derecho a una resolución judicial congruente y el derecho a una resolución judicial motivada. Respecto a esta última vertiente afirma que el Auto de la Audiencia incurre en múltiples vicios de motivación; en concreto, argumenta que soslaya la existencia de otras resoluciones judiciales contradictorias, que no contempla las circunstancias actuales de la menor y que no valora debidamente las denuncias de la recurrente por violencia doméstica.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso por entender que concurre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 31 de marzo de 2015, por contradicción con

las resoluciones judiciales que otorgan la guarda y custodia a la madre, y por no valorar la situación de la menor.

La circunstancia de que esté involucrada una menor de edad en el presente recurso de amparo explica que, de conformidad con el art. 8 de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing y contenidas en la resolución de la Asamblea General 40/33, de 28 de noviembre de 1985, no se incluyan en esta resolución el nombre y apellidos completos de la menor de edad ni el de sus padres, al objeto de respetar su intimidad (SSTC 114/2006, de 5 de abril, FJ 7; 41/2009, de 9 de febrero, FJ 1, y 57/2013, de 11 de marzo, FJ 1).

2. Aunque ninguna de las partes comparecidas ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de conformidad con los arts. 49.1 y 50.1 b) de nuestra Ley Orgánica reguladora y por consiguiente de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas) así como exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, caso Arribas Antón c. España, apartado 46) obligan a explicitar el cumplimiento de ese requisito para hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal.

En el presente caso, este Tribunal decidió admitir este recurso de amparo apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)] porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)].

3. El recurso de amparo se dirige formalmente contra el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 31 de marzo de 2015, recaído en recurso de apelación núm. 960-2014, y el Auto de la misma Sección de 13 de abril de 2015, que deniega aclaración. Habida cuenta de que la fundamentación del recurso contiene una motivación específica respecto de la providencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 21 de mayo de 2015, que inadmite el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, como sostiene el Fiscal, hay que considerar también esta providencia objeto del recurso. A este entendimiento coadyuva el suplico de la demanda de amparo, que se refiere al Auto de la Audiencia de 31 de marzo de 2015 y a las resoluciones que traen causa del mismo.

En relación con la providencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 21 de mayo de 2015, hay que recordar que en las SSTC 107/2011, de 20 de junio, y 153/2012, de 16 de julio, hemos diferenciado dos situaciones. De una parte, aquellas en las que la respuesta judicial sea contraria a la nueva función institucional del incidente del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) pero sólo evidencie que la petición de nulidad no surtió el efecto que estaba llamada a producir, sin que de ello se derive una vulneración autónoma de los derechos alegados; esto es, las situaciones en las que quepa calificar el incidente interpuesto como un instrumento necesario para el agotamiento de la vía judicial previa pero no determinante de una lesión adicional a la que en él se denunciaba. De otra parte, los supuestos en los que el recurso de amparo se dirige en exclusiva contra el Auto o providencia resolutorios de dicho remedio procesal, en tanto que en ellos se habría cometido la vulneración de que se

trate. En un caso, entonces, el órgano judicial no repara la lesión previa; en el otro, antes bien, causa una vulneración autónoma con ocasión de la nulidad solicitada (en ese sentido, STC 153/2012), siendo sólo en este último supuesto cuando la resolución judicial adquiere dimensión constitucional en orden a la denuncia de una lesión diferenciada en amparo, resultando en cambio una mera expresión de agotamiento de la vía judicial en la primera hipótesis enunciada (STC 169/2013, de 7 de octubre, FJ 2).

En el caso de autos, la providencia de 21 de mayo de 2015 que resuelve el incidente se limita a reiterar el razonamiento del Auto de 31 de marzo de 2015 y el recurso de amparo a imputar a esta respuesta un vicio de motivación, por lo que se corresponde con el primer supuesto contemplado en la doctrina precitada. El recurso añade otra queja contra la providencia en cuanto sostiene que debió adoptar la forma de Auto. Pues bien, aun en el entendimiento de considerar esta queja como una queja autónoma, cuyo análisis, en todo caso, quedaría postergado para el caso de ser desestimado el primero y principal, conforme al criterio de "mayor retroacción" habitual en este Tribunal (STC 180/2015, de 7 de septiembre, FJ 3), puede rechazarse de raíz desde el momento en que, a la pretendida infracción procesal, no se anuda la consecución de indefensión material alguna, ya que sólo es causante de la vulneración del derecho recogido en el art. 24.1 CE aquella que, por anular las posibilidades de alegación, defensa y prueba cause una verdadera y real situación de indefensión material (por todas, STC 122/2007, de 21 de mayo, FJ 3). En cuanto al Auto de 13 de abril de 2015, que deniega aclaración, el recurso no realiza alegaciones concretas en su contra, lo que, además de impedir su análisis por este Tribunal, confirma el carácter accesorio de su invocación formal en tanto que resolución judicial recurrida en amparo, como argumenta el Fiscal.

4. Centrado nuestro análisis en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda) de 31 de marzo de 2015, y habida cuenta de las múltiples alegaciones que se hacen en el recurso, es necesario delimitar el alcance de las quejas y su encuadramiento. En este sentido, hay que recordar que para resolver este proceso constitucional hemos de dejar fuera de nuestro enjuiciamiento las alegaciones formuladas en la demanda de amparo sin adecuado desarrollo argumental, pues no corresponde a este Tribunal la reconstrucción de oficio de las demandas de amparo (por todas, SSTC 93/2002, de 22 de abril, FJ 3; 128/2003, de 30 de junio, FJ 3; 346/2006, de 11 de diciembre, FJ 1; y 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 2). No examinaremos, por tanto, la referencia a "los imperativos que determinan la igualdad ante la ley o en su aplicación", la cita de doctrina constitucional relativa al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción y la invocación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Igualmente, por apreciarse de forma inmediata su inviabilidad cabe descartar la denuncia de reformatio in peius por la demandante de amparo, que fue parte apelada y no apelante en el recurso de apelación, pues la doctrina de este Tribunal Constitucional ha identificado la reformatio in peius con el empeoramiento o agravación de la situación jurídica del recurrente declarada en la resolución impugnada en virtud de su propio recurso, de modo que la decisión judicial que lo resuelve conduce a un efecto contrario al perseguido por la parte recurrente, cual es anular o suavizar la situación aplicada en la resolución objeto de impugnación (entre otras, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 196/1999, de 25 de octubre, FJ

3; 203/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, o 126/2010, de 20 de noviembre, FJ 3); también la queja por incongruencia que se imputa al Auto recurrido por afirmar (a mayor abundamiento) la competencia del Juzgado de Violencia contra la Mujer, cuando dicho pronunciamiento no causa perjuicio alguno a la demandante.

Al fin, respecto a la cita de doctrina sobre incongruencia omisiva, en cuanto podría vincularse con la alegación relativa a la falta de consideración de la situación actual de la menor, ha de situarse en el encuadramiento más acorde pues "el vicio de incongruencia requiere, en todo caso, un defecto del fallo o de la parte dispositiva, no de los fundamentos que la nutren para dar respuesta a las alegaciones de las partes (STC 36/2006, de 13 de febrero, FJ 1). Es esencial, en este punto, la distinción efectuada en nuestra doctrina entre las meras alegaciones de los litigantes, que sólo pueden afectar a la motivación de la resolución, y las auténticas pretensiones formuladas, que son las únicas que pueden determinar un desajuste del fallo con aquellas —y, por ende, un vicio de incongruencia omisiva— (SSTC 174/2004, de 18 de octubre, FJ 3; 36/2006, de 13 de febrero, FJ 3, y 25/2012, de 27 de febrero, FJ 3)." (STC 152/2015, de 6 de julio, FJ 6).

En consecuencia, el análisis constitucional en este proceso se ciñe a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho, que el recurso de amparo sustenta sobre una alegación general de falta de motivación y motivación defectuosa del Auto recurrido y, en particular, sobre las siguientes alegaciones concretas: la contradicción del Auto con otras resoluciones judiciales, la falta de ponderación de la situación actual de la menor en la determinación del interés superior del menor y la discrepancia con la valoración efectuada por la Audiencia sobre la denuncia de la recurrente por violencia doméstica, en orden a determinar la excepción a la restitución del art. 13 b) del Convenio.

En cuanto a la perspectiva de análisis, hay que poner de relieve que el recurso de amparo plantea exclusivamente la vulneración de derechos fundamentales procesales, art. 24 CE, no de derechos sustantivos. Asimismo, que la demanda de amparo, que invoca la LO 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y la Convención sobre los derechos del niño, de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, no anuda expresamente la vulneración de derechos fundamentales procesales al mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia, art. 39 CE, bien que los principios rectores consagrados en el capítulo III del título I de la Constitución Española, aunque no son por sí mismos susceptibles de amparo, constituyen elementos hermenéuticos de primer orden para delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (SSTC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 3, y 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 5).

5. Centrado el objeto de impugnación y a la hora de examinar la esencial vulneración constitucional aducida, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho hemos afirmado lo siguiente: "Como hemos recordado en la STC 64/2010 de 18 de octubre, FJ 3, 'el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí comprende,

entre otras dimensiones, el derecho a obtener una resolución judicial motivada que, a su vez, según la doctrina constitucional, presenta varias manifestaciones. Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurso en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia' (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; y 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, entre otras muchas). Asimismo, hemos venido afirmando que son los órganos judiciales los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria, si bien también hemos advertido que sus decisiones pueden ser objeto de revisión en vía de amparo si resultan inmotivadas o manifiestamente irrazonables o arbitrarias, pues, en tal caso, vulnerarían el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE" (STC 138/2014, de 7 de octubre, FJ 2).

Y, en lo atinente a la valoración del caudal probatorio, es doctrina constitucional que a este Tribunal "no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, dado que el art. 117.3 CE atribuye dicha tarea a los Jueces y Tribunales ordinarios. A la jurisdicción constitucional corresponde únicamente, a los efectos que ahora interesan, controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulte, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia revisora de las actuaciones propias de la competencia específica de los órganos judiciales, lo que impide valorar nuevamente la prueba practicada o enjuiciar la valoración realizada por los Jueces o Tribunales que integran el Poder Judicial, salvo en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 189/1998, de 29 de septiembre, FJ 2; 220/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 120/1990, de 28 de junio, FJ 2; 220/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 2; 57/2002 de 11 de marzo, FJ 2; 125/2002 de 20 de mayo, FJ 2; 137/2002, de 3 de junio, FJ 8; 43/2003, de 3 de marzo, FJ 4, y 119/2003, de 16 de junio, FJ 2)" (SSTC 159/2004, de 4 de octubre, FJ 9, y 129/2005, de 23 de mayo, FJ 9).

6. Asimismo, cuando, como ocurre en el caso de autos, la resolución judicial controvertida afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor, que "con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que "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" (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con

el niño, tanto administrativas como judiciales (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 47/2009, de febrero, FJ, 3 entre otras)" (STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6).

De esta suerte, "el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal)" (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6).

En consonancia con ello, hemos considerado que la fundamentación "debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio" (STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5) o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio (STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6), y hemos afirmado que el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6).

7. En síntesis, el análisis constitucional del caso de autos se constriñe a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho, respecto de la que este Tribunal sólo puede practicar un control externo, que se limita a la constatación de una motivación suficiente, razonable, no arbitraria ni incurra en error patente, con expresa exclusión de un pretendido derecho al acierto en la selección, interpretación y aplicación de la norma aplicada; y, si de la valoración del caudal probatorio se trata, a la constatación de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. Habida cuenta de la afectación de una menor, el control de este Tribunal se extiende a comprobar que la motivación incluye de forma expresa un juicio de ponderación que identifique en el caso el interés superior del menor.

Pues bien, vista la motivación del Auto recurrido que consta resumida en los antecedentes, se observa que el Auto de la Audiencia parte del marco normativo del Convenio de La Haya de 1980, que reproduce, y explica de forma motivada las razones por las que considera que concurre un traslado ilícito, así como por las que entiende que no estamos ante un consentimiento al traslado en los términos del Convenio, lo que conduce a la desestimación de la excepción al retorno prevista en el art. 13 a). El Auto también descarta la excepción al retorno prevista en el art. 13 b), grave riesgo para el menor, para culminar ordenando el retorno en atención al

interés del menor. Es respecto de la motivación relativa a estas dos cuestiones que la demandante en amparo hace alegaciones concretas y a ellas nos referiremos inmediatamente.

8. Con carácter previo conviene abordar la otra queja específica que acompaña la denuncia genérica por vicio de motivación y que es la referida a la contradicción del Auto recurrido con otras resoluciones judiciales dictadas por los tribunales españoles, en concreto, el Auto del Juzgado de Violencia contra la Mujer núm. 11, de 15 de abril de 2014, Auto firme que atribuye la guarda y custodia a la madre, y con el Auto de 23 de junio de 2014, que deniega el reconocimiento en España de las resoluciones judiciales suizas que otorgan la guarda y custodia al padre. El mismo sentido tiene otro argumento expresado en la demanda, consistente en subrayar que el Auto ignora el denominado "laberinto procedimental" en que se incardina el procedimiento de restitución.

Con este planteamiento, y habida cuenta de que la perspectiva de análisis es el derecho fundamental a una resolución judicial motivada, puede entenderse que una denuncia no es irrazonable, por no ser decisiones inconciliables, denegar el reconocimiento en España de las resoluciones judiciales suizas que establecen medidas provisionales y ordenar la restitución de la menor, ni puede apreciarse irrazonabilidad en la motivación cuando la resolución española de guarda y custodia que se reputa como contradictoria con la orden de restitución se ha dictado en un procedimiento de medidas puramente provisionales (autos de medidas provisionales previas 1-2014) cuya vocación no es, ni prejuzgar las definitivas, ni, con mayor motivo, comprometer la obligación de inmediata restitución del menor. En este sentido, el Auto recurrido culmina la fundamentación "recordando, en todo caso los contenidos de los artículos 16 y 17 del Convenio de La Haya" y conforme a éste último, en lo que ahora interesa, el solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor no podrá justificar la negativa a la restitución.

Antes al contrario y al margen de un análisis de legalidad ordinaria sobre las resoluciones judiciales que nos está vetado, en un análisis constitucional de motivación presidido por el interés superior del menor lo relevante es que las medidas provisionales fueron adoptadas por el Juzgado de Violencia tras la denegación de la restitución, pero con la oportunidad defensiva del recurso de apelación abierta, que efectivamente se utilizó y que dilató la situación de pendencia hasta el Auto ahora recurrido de 31 de marzo de 2015.

De esta suerte, estas medidas provisionales sirvieron para estabilizar la frágil situación provisional de la menor, incurso en un procedimiento de restitución que se prolongaba, así como a preservar, en estas circunstancias complejas, su derecho a relacionarse con ambos progenitores [art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)] y de la misma manera, sirvieron al interés del padre que ha tenido un régimen de visitas en España durante la tramitación del procedimiento de restitución.

9. Como se ha establecido, la vulneración denunciada se sustenta principalmente sobre dos alegaciones: a) la falta de valoración de las circunstancias actuales de la menor, en orden a ponderar el interés superior de ésta para detener la restitución inmediata prevista por el Convenio, y b) la discrepancia con la valoración de la Audiencia de la denuncia de la parte

recurrente por violencia doméstica, en orden a determinar la excepción a la restitución del art. 13 b) del Convenio.

Al objeto de valorar la suficiencia y razonabilidad de la motivación del Auto hay que partir del sistema del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Así, conforme a la exposición de motivos, el Convenio obedece al deseo "de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita". En consonancia con ello, el art. 1 establece que: "La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante. b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes".

Este Tribunal ha tenido ocasión de recordar la finalidad del Convenio y que, en aras de esta finalidad, el ordenamiento español "arbitra un procedimiento cuya duración no debería exceder de seis semanas (art. 11), que pretende, simplemente, la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse (art. 19). De ello se sigue que nos hallamos ante un proceso de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional, ya que la resolución que se dicte no prejuzga los derechos de custodia sobre el menor, que deberán dilucidarse en otro proceso y por el Tribunal que resulte competente en cada caso" (STC 120/2002, de 20 de mayo, FJ 4).

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en jurisprudencia posterior a la STEDH (Gran Sala) de 6 de julio de 2010 (asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza), que requería un examen en profundidad del conjunto de la situación familiar (apartado 139; STEDH (Sección Tercera) de 6 de diciembre de 2007, asunto Maumousseau y Washington c. Francia, apartado 74), ha considerado que se puede conseguir una interpretación armónica del Convenio de La Haya de 1980 y del derecho al respeto a la vida privada y familiar, art. 8 CEDH, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes. En primer lugar, que los factores que pueden constituir una excepción al retorno inmediato del niño en aplicación de los arts. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya, en particular cuando son invocados por una de las partes, sean realmente tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional requerido. Este órgano jurisdiccional debe adoptar una decisión suficientemente motivada sobre este punto, que permita al Tribunal verificar que estas cuestiones se han examinado de manera eficaz. En segundo lugar, estos factores deben ser evaluados a la luz del artículo 8 del Convenio Europeo, con cita de las SSTEDH (Gran Sala) de 6 de julio de 2010, asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza; (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto X. c. Letonia, apartado 106; 1 de julio de 2014, asunto Blaga c. Rumanía, apartado 69 y 28 de abril de 2015, asunto Ferrari c. Rumanía, apartado 47.

10. En este contexto, abordando ya la alegación de falta de ponderación de la situación actual de la menor que la demanda anuda a una indebida valoración del interés superior de la misma, hay que añadir que, en consonancia con su objeto y fin, el Convenio de La Haya de 1980 incluye en

su art. 12 una previsión específica sobre la valoración de la integración del menor en el nuevo medio y determina que, ante un traslado o retención ilícitos, si "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 periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenara la restitución inmediata del menor", mientras que "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".

Por todo ello, 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.

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 concurren las causas excepcionales para detenerlo previstas en el art. 13 a) y b), unido a la constatación de la pérdida de relación con el padre durante meses, el interés del menor se corresponde con el retorno, lo cual constituye la asunción de la valoración del interés del menor que subyace en el sistema del Convenio.

En este punto, el art. 12 permite valorar "la integración del menor en el nuevo medio", a fin de rechazar la devolución, cuando ha transcurrido más de un año desde la sustracción del menor hasta el inicio del procedimiento, lo que no sucede en este caso. Se trata, como se adelantaba, de una previsión que trata de hacer efectivo el superior interés del menor de modo coherente con el carácter urgente del procedimiento de devolución configurado en el propio Convenio y que, por razón del tiempo, no permitiría, de haberse interpuesto y resuelto el procedimiento diligentemente en el plazo máximo de seis semanas (art. 11 del Convenio), una integración real del menor en un nuevo medio.

En el supuesto que enjuiciamos, tal y como se ha dejado constancia, el procedimiento se promueve trascurridos apenas tres meses desde que tuvo lugar el hecho que le da origen. Su definitiva terminación, sin embargo, hasta la resolución del recurso de apelación, se retrasa a abril de 2015, lo que supone que desde los hechos acaecidos en agosto de 2013 hasta la finalización del procedimiento han transcurrido casi veinte meses. En este prolongado periodo de tiempo, y sin olvidar la corta edad con que cuenta la menor (seis años en la actualidad), resulta patente que ha podido producirse una plena integración de la niña en su nuevo medio, lo que es necesario, en todo caso, valorar, a fin de hacer efectivo el principio de superior interés de la menor al que antes nos referíamos.

Hemos de reparar en que en el caso examinado, circunstancialmente excepcional, la dilación del procedimiento judicial no se ha debido ni a la tardanza en su iniciación ni al comportamiento del promotor del incidente sino a diversas vicisitudes procesales entre las que destaca la declinatoria por falta de competencia objetiva, al existir denuncias de violencia de género. En todo caso, este Tribunal, con la decisión que ahora adopta, se

limita a constatar que la lamentable dilación del procedimiento tendente a la restitución, en las circunstancias excepcionales que presenta el caso enjuiciado, cualesquiera que fuesen las causas y los responsables de dicha demora, no puede menoscabar el interés superior de la menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio. Resulta obligada, por tanto, que esta valoración sea decisiva.

En consecuencia, la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase 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, lo que genera el reconocimiento de la insuficiencia de motivación en la resolución impugnada que es inherente al contenido constitucional del art. 24.1 CE.

Esta conclusión es, por lo demás, acorde con las exigencias derivadas del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) en los términos expresados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos precitada, en cuanto obliga a los órganos judiciales nacionales a expresar una decisión suficientemente motivada que refleje un examen eficaz de las causas alegadas como excepción al retorno del menor. Tales omisiones son determinantes para concluir estimando la vulneración del derecho fundamental de la demandante en amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por lesión del art. 24 CE.

11. Los razonamientos expuestos conducen a la estimación del recurso de amparo en la forma prevista en la parte dispositiva de esta resolución.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,  
Ha decidido

Estimar el amparo solicitado por doña D.V.D., y, en su virtud:

1º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad del Auto de 31 de marzo de 2015 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Segunda), recaído en recurso de apelación núm. 960-2014, así como del Auto de la misma Sección de 13 de abril de 2015 y providencia de 21 de mayo de 2015, que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones formulado por la demandante de amparo.

3º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones para que el órgano judicial dicte una nueva, respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a uno de febrero de dos mil dieciséis.