El retorno seguro del menor: ¿puente entre la excepción de grave riesgo y la obligación de devolución?

The safe return of the child: ¿bridge between the grave risk exception and the obligation of return?

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado

(Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED))

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2024.003

Bitácora Millennium, Nº 19 (enero-junio 2024)

Zaragoza, junio 2024

Abstract

La 8ª Comisión de seguimiento de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 ha puesto de manifiesto la disminución del número de solicitudes de retorno de menores conforme a los datos estadísticos. Sin embargo, frente a este leve descenso, se ha duplicado en la práctica la aplicación de la excepción de grave riesgo contenida en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980. En este trabajo se profundiza en la relación entre la citada excepción a la devolución y la noción de retorno seguro del menor, analizando tanto su construcción desde la perspectiva de los distintos textos aplicables como la aplicación judicial que se hace de ambas cuestiones tanto en caso de que solo sea aplicable el Convenio de La Haya de 1980 como cuando resulta aplicable el modelo Bruselas por tratarse de una sustracción intra-Unión Europea.

The 8ª Meeting of the Special Commission on the practical operation of the 1980 and 1996 Hague Convention noted the decrease of the number return proceedings according to the statistical study presented for the Commission. However, despite the above information, the proportion of refusals to return on the basis of the Article 13(1)(b) exception had almost doubled compared with the results of the 2015 statistical study. The purpose of this paper is the relation between the grave risk exception and the notion of safe return from the perspective of the legal text and also how the national courts and other authorities are applying the exception and the safe return of the child in their resolutions in cases which the 1980 Hague Convention is applicable alone or when it is the Brussels model regime.

Palabras clave: Convenio de La Haya de 1980, Reglamento Bruselas II bis Reglamento Bruselas 2019/1111, excepción de grave riesgo, retorno seguro, medidas de protección

Key words: *Hague Convention 1980, Brussels II bis, Council Regulation 2019/1111, grave risk, safe return, protective measures*

Sumario

I. Introducción

II. La aplicación del Convenio de La Haya de 1980: la excepción de grave riesgo y el retorno seguro del menor

1. La importancia de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en el contexto de la protección de los Derechos humanos

a. El alcance de la jurisprudencia del TEDH

b. El Comité de los Derechos del Niño

2. La decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Golan v. Saada*

a. El contexto fáctico y jurídico del asunto

b. El recurso ante el Tribunal Supremo y su decisión

3. Ejemplos prácticos de la jurisprudencia comprada

III. Planteamiento y solución en el R. 2019/1111: ¿una excepción europea a la excepción convencional de grave riesgo?

1. Intervención de las autoridades de la residencia habitual del menor: del artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis al artículo 27.3 del Reglamento 2019/1111

2. Intervención de las autoridades del Estado de la sustracción: el nuevo el artículo 27.5 del Reglamento 2019/1111

V. Conclusiones

I. Introducción*

1. El trabajo estadístico realizado para la 8ª Comisión Especial sobre en funcionamiento práctico tanto del Convenio de La Haya de 1980[1] como del Convenio de La Haya de 1996[2], muestra que desde enero del 2021 se han recibido 2180 de solicitudes de retorno de menores que han sido ilícitamente sustraídos de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1980 a otro Estado parte (399 derechos de visita)[3]. Cifras que, comparadas con los últimos datos recogidos en el año 2015, indican una disminución de un 4% de solicitudes[4]. Estos datos han sido transmitidos por las Autoridades centrales de 71 Estados parte del Convenio de La Haya de 1980 (por tanto, no están incluidos en las estadísticas los supuestos en los que no se haya recurrido a la Autoridad Central)[5].

De estas peticiones, en un 75% de los supuestos quienes sustraen a los menores son las progenitoras, cuidadoras principales en el 95% de los casos en los que se produce un desplazamiento ilícito de un menor. Parece bastante claro, como lleva tiempo indicándose, que el contexto que rodea los supuestos de sustracción

---

* Fecha de recepción del original: 22 de enero de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 18 de marzo de 2024.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2020 -114611RB-I00, «Protección del menor en las crisis familiares internacionales (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)» concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.
La bibliografía en materia de sustracción internacional de menores es inabarcable. He realizado una selección de los trabajos en los que baso el desarrollo del artículo, aunque no están citados todos los consultados y, probablemente, me haya dejado algún estudio valioso sin referenciar a cuyo autor/a pido disculpas por ello. Igualmente quiero agradecer la labor de los dos revisores/as quienes, sin duda, han ayudado con sus sugerencias a enriquecer el contenido de este artículo.

[1] *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante Convenio de La Haya de 1980).

[2] *Convenio 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* (en adelante Convenio de La Haya de 1996).

[3] La 8ª Comisión Especial tuvo lugar del 10 al 17 de octubre del 2023. Las Conclusiones y Recomendaciones han sido publicadas en la web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado con una referencia expresa al trabajo estadístico elaborado, https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=8488&dtid=57

[4] En las estadísticas del 2015 se reportaron 2270 peticiones de restitución si bien, como se indica en el estudio, es la primera vez que se detecta un descenso en el número de solicitudes de retorno: "However, a note of caution needs to be sounded about this finding as the number of applications made in 2021 seems likely to have been affected by the COVID-19 pandemic", *vid.,* LOWE, N./ STEPHENS, V: *Global Report – Statistical study of applications made in 2021 under the 1980 Child Abduction Convention*, Prel. Doc. No 19A of September 2023, párrafo 28.

[5] Además, hay que tener en cuenta que, conforme al último dato actualizado de 14/11/2023, son 103 los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980.

internacional de menores ha cambiado desde que se elaboraron los principales textos internacionales que se ocupan de esta problemática.

Junto con los datos anteriores, las estadísticas revelan que en el 46% de las solicitudes en las que se denegó la restitución del menor -en total en 281 ocasiones-, el motivo de rechazo de la devolución fue la aplicación de la excepción al retorno recogida en el artículo 13.1 (b) del Convenio de La Haya de 1980[6] (en adelante nos vamos a referir a esta causa de no devolución como la "excepción de grave riesgo"). Si tenemos en cuenta las cifras de años anteriores, en 2008 hubo un repunte en el uso de esta excepción, sin embargo, la cifra se estabilizó en un 25% en el año 2015. Por tanto, la situación actual revela el incremento en la aplicación de la excepción "grave riesgo" a casi el doble, aunque, como se ha indicado más arriba, el número de peticiones de restitución de menores haya disminuido respecto de los datos anteriores[7].

2. Teniendo en cuenta las cifras, está justificado retomar la aplicación de esta excepción al retorno, pero acompañada de otra idea que, como veremos, se proyecta en su puesta en práctica y que, en última instancia, conllevaría una disminución en el número de supuestos en los que se denegaría la restitución[8]: nos referimos a la noción de retorno seguro del menor.

3. Sobre el juego conjunto de la excepción de grave riesgo y el retorno seguro del menor se han ocupado distintos estudios doctrinales[9]. Por parte de la Conferencia

[6] El precepto determina como excepción a la devolución que: "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".

[7] *Vid.,* LOWE, N./ STEPHENS, V: *Global Report – Statistical study of applications made in 2021…*, *op. cit.,* párrafo 83.

[8] Véase en este sentido el apartado VII, epígrafe 3 "Artículo 13.1 (b) del Convenio sobre sustracción de Niños de 1980- Regreso seguro y medidas de protección en caso de urgencia", párrafos 27-30 de las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas en la 8ª Comisión Especial de seguimiento de los Convenios sobre sustracción de 1980 y el Convenio sobre Protección internacional de menores de 1996.

[9] El número de investigaciones en relación con el retorno seguro del menor es muy importante, en muchos casos han tratado el tema en situaciones de violencia doméstica insertas en la excepción de grave riesgo para el menor, pero, en otros las medidas de protección para el retorno seguro del menor no se han circunscrito solo a estos supuestos. En general *vid*., ESPINOSA, R: "Sorority, equality and European Private International Law", *Freedom, Security Justice*, European Legal Studies, 2023, nº1, pp. 113-132; HONORATI, C: "Protecting Mothers against Domestic Violence in the Context of International Child Abduction: Between Golan v Saada and Brussels II-ter EU Regulation", *Laws* 2023, 12, 79; MOMOH, O: "The Need for Cross-border Protective Measures in Return Proceedings", (K. Trimmings, A. Dutta, C. Honorati, M. Zupan (eds), *Domestic Violence and Parental Child Abduction* (Intersentia: 2022); BARTOLINI, S: *Mutual trust through the looking glass: The protection of children's fundamental rights in EU return proceedings* (Oñati Socio-Legal Series) 2022; *Best Practice Guide: Protection of Abducting Mothers in Return Proceedings: Intersection between domestic*

de La Haya de Derecho Internacional Privado se publicó, en el año 2020, una Guía de Buenas Prácticas, cuya Parte VI se dedica al análisis del artículo 13.1 (b) del Convenio de La Haya de 1980[10].

A lo largo de la citada Guía la Conferencia trata de ofrecer las pautas para que las autoridades competentes de los Estados contratantes interpreten de la forma más homogénea posible el concepto de grave riesgo que supone la aplicación de la excepción a la devolución del menor contenida en el artículo 13. 1 (b) [11]. Estableciendo, además, en relación con el retorno seguro y a la aplicación de la excepción de grave riesgo, los dos modelos de actuación existentes en la práctica y cuyas diferencias no han permitido elegir una opción concreta en torno a la operatividad práctica de ambas cuestiones[12]. Así, de un lado, lo más habitual es que el tribunal primero valore el riesgo tras las alegaciones por parte de quien se opone a la restitución del menor y junto a esto valore la opción de medidas de protección en el Estado de la residencia habitual del menor. De otro lado, otras jurisdicciones, en aras de la celeridad, cuando en un caso en particular el tribunal está convencido de que hay medidas de protección adecuadas y eficaces que se encuentran disponibles o vigentes en el Estado de residencia habitual del niño para abordar el grave riesgo alegado, puede ordenar la restitución del menor sin la necesidad de llevar a cabo una evaluación más exhaustiva de los hechos alegados[13]. La elección de una u otra opción es importante, porque responde a las dudas que se han ido planteando en la jurisprudencia reciente, como veremos más adelante.

4. En las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas en la 8ª Comisión de seguimiento del Convenio de La Haya de 1980 y del Convenio de La Haya de 1996 la garantía del retorno seguro del menor ha estado muy presente, dedicando a su

---

violence and parental child abduction. *POAM Project*, 2020, online at https://research.abdn.ac.uk/poam/resources/guide-to-good-practice/; PRETELLI, I: "The law applicable to provisional and protective measures with a focus on the EU system of ancillary reliefs", *Yearbook of Private International Law* Vol. 21(2019/2020), pp. 113-148; ŽUPAN, M./ LEDIĆ S./ DRVENTIĆ, M: "Provisional Measures and Child Abduction Proceedings", *Pravni vjesnik* 35 (2019) pp. 9-31.

[10] Se puede acceder a ella en: https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf

[11] El número de estudios sobre la Guía ha sido muy importante. Véase, como ejemplos RODRÍGUEZ PINEAU, E: "La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos entre Bruselas y La Haya", [35] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2018), pp. 1-31. CELIS, M: *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, doctrinal y crítico del Convenio de La Haya de 1980. Aspectos clave y solución de problemas*, Dykinson, 2023, pp. 423 ss.

[12] Guía de Buenas Prácticas Parte IV artículo 13. 1 (b), párrafo 45.

[13] Esta es la forma de proceder generalmente de la jurisdicción británica. Una crítica sobre esta forma de proceder *vid.*, HONORATI, C: "Il retorno del minore sottratto e il rischo grave di preguizio ai sensi dell'art. 13 par. 1lett. B. della convenzione dell'Aja del 1980", *Rivista di dirrito internazionale privato e processuale* 4/2020, pp. 797-916, en espec., pp. 818-819.

tratamiento el Epígrafe VII *Excepciones a la restitución previstas en el Convenio de 1980 sobre sustracción y medidas de protección tras la restitución*[14].

En el mencionado Epígrafe VII se incluyen cuatro apartados relativos a la vuelta segura del menor. Los apartados uno y dos se centran en la excepción de grave riesgo y la violencia doméstica, en estos casos se hace especial hincapié en el retorno también seguro del progenitor/a sustractor al Estado de la residencia habitual. Los apartados tres y cuatro se centran, entre otros aspectos, en el tipo de medidas -no solo para proteger al menor sino también al padre o madre sustractora a la vuelta-, la eficacia de estas en el Estado de residencia habitual, indicando la importancia de instrumentos convencionales como el Convenio de La Haya de 1996. Junto a este documento destacan otros que han sido presentados con motivo de la invitación que la Conferencia ha cursado a asociaciones para participar como observadores en la Comisión[15].

5. El propósito del estudio es, a través los siguientes epígrafes, acercarnos a la idea de retorno seguro en supuestos de grave riesgo como excepción a la devolución del menor contenida en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980 y su operatividad tanto en la aplicación sólo del citado texto convencional, como en los casos de aplicación del *Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000*[16] (en adelante Reglamento Bruselas II bis), texto sustituido por el *Reglamento 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)*[17] (en adelante Reglamento 2019/1111), con el fin de analizar: su tratamiento en los referidos instrumentos jurídicos, así como su operatividad en la práctica y comprobar si en la actualidad hay o no un cambio de paradigma, para finalizar comparando si las respuestas son o no las mismas en

[14] *Conclusiones y Recomendaciones de la 8ª Reunión de la Comisión Especial*…., *op. cit*., pp. 5-7.
[15] Por ejemplo, el documento elaborado por: HONORATI, C (Coordinator - University of Milano-Bicocca, Italy), CORNELOUP, S. (Université de Paris-Pantheon, France), HERRANZ BALLESTEROS, M. (UNED, Spain), TRIMMINGS, K. (University of Aberdeen, Scotland/UK), and ZUPAN M. (University of Osijek, Croatia), grupo de trabajo de la *European Association of Private International Law*, que ha elaborado un documento en respuesta a la invitación a participar como observador a la 8ª Comisión Especial de Seguimiento centrado en la necesidad y el papel de las medidas de protección en los supuestos de sustracción internacional de menores, *Info. Doc. Nº. 18 de octubre del 2023*. En este documento se ha trabajado, entre otros aspectos, en la idea central del retorno seguro del menor como obligación para los Estados parte del Convenio de La Haya de 1980, párrafos 12-14.
[16] DOUE núm., 338, de 23 de diciembre de 2003.
[17] DOUE núm., 178, de 2 de julio de 2019.

función de que los supuestos se planteen en el ámbito intra Unión Europea o extra Unión Europea.

II. La aplicación del Convenio de La Haya de 1980: la excepción de grave riesgo y el retorno seguro del menor

6. Es ampliamente conocido que el objetivo del que parte el Convenio de La Haya de 1980 es el retorno inmediato del menor, criterio que conlleva la valoración *in abstracto* del interés del menor en un supuesto de sustracción. Las excepciones a la devolución se configuran como la interpretación *in casu* de ese interés que, en casos particulares y excepcionales, puede conllevar la permanencia del menor en el Estado donde está sustraído[18] (en numerosos estudios se refieren a éste como Estado de refugio). Pues bien, la discrecionalidad que tiene la autoridad que decide en torno a si en un caso particular concurre una de las excepciones al retorno -en concreto, me refiero, por ser objeto de este trabajo, a la excepción del artículo 13. 1 (b)-, se proyecta también en su decisión en torno a si la devolución del menor es acorde con su interés, a pesar de que exista prueba objetiva de la excepción de grave riesgo.

Se trata de determinar en la resolución sobre el retorno la posibilidad de adoptar medidas de protección adecuadas y eficaces que sirvan de puente para unir dos orillas en principio opuestas: de un lado, la existencia de un grave riesgo que impediría la vuelta del menor; de otro lado, a pesar de la existencia de grave riesgo, la devolución en condiciones de seguridad física y psicológica del menor al Estado de su residencia habitual que disminuya el citado riesgo y evite poner al menor en una situación intolerable en caso de retorno. La unión de los dos extremos supondría reforzar el objetivo principal del Convenio de La Haya de 1980, el retorno, eso sí, con la garantía del respeto a los derechos fundamentales del menor.

7. Ahondando en el Convenio de La Haya de 1980 es cierto que el texto no se refiere de forma expresa al retorno seguro del menor ni, en su caso, a la adopción de medidas de protección para la consecución de este. De manera que ambos aspectos, retorno seguro y la adopción de medidas de protección, tal y como se ha sostenido, *son exógenas al Convenio de La Haya en el sentido que no están previstas por él*[19].

[18] Conclusión que no se extrae directamente del Convenio de la Haya de 1980 sino que ha sido fruto de su aplicación e interpretación realizada por el TEDH en diversos casos principalmente tras la resolución del asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (*vid., infra*., epígrafe 1 letra A).
[19] *Vid*., REQUEJO ISIDRO, M: "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", *AEDIPr,* t. VI, 2006, pp. 179-190, en especial, p. 188.

Ahora bien, sí hay indicaciones en el marco del texto convencional, aunque sean muy breves, dirigidas a las Autoridades centrales, en particular, en torno a: de un lado, la adopción de medidas provisionales a las que se refiere el artículo 7 letra b) del Convenio y, de otro lado, conforme a la letra h) del mismo precepto, la Autoridad Central garantizará, desde el punto de vista administrativo, la *restitución del menor sin peligro*, si ello fuese necesario y apropiado (la cursiva es nuestra)[20]. También es un hecho que, a través de las distintas Comisiones Especiales celebradas para el seguimiento de la aplicación práctica del texto convencional, la idea de retorno seguro ha ido tomando cada vez más fuerza entre los Estados parte. Así, por ejemplo, en la Cuarta Reunión de la Comisión Especial se afirmó:

"Los Estados contratantes deberían plantearse la introducción de procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la que el menor es retornado, cualquier medida provisional de protección necesaria antes de la restitución del menor"[21].

En las Conclusiones y Recomendaciones de la 8ª Comisión Especial de Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 y 1996, como ya hemos indicado, el retorno seguro ha estado muy presente, dedicándose el Epígrafe VII *Excepciones a la restitución previstas en el Convenio de 1980 sobre sustracción y medidas de protección tras la restitución*.

8. Junto a lo anterior hay que tener en cuenta que el análisis del contexto en el que se ha de plantear el retorno de un menor que ha sido sustraído va más allá del

[20] En relación con la función de la letra (b), tal y como se indica en el Informe Explicativo, está referida a que no se produzcan nuevos desplazamientos del menor PÉREZ VERA, E: *Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores.* Boletín del Información, Ministerio de Justicia, Año LIV, Suplemento al núm., 1865, de 15 de marzo de 2000, párrafo 91, p. 68.
Con relación a la letra h), y las funciones de las Autoridades Centrales en las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial (22-28 de marzo de 20021), 1.13, se afirmar la importancia de *Asegurar la restitución sin peligro para el menor* y para ello se encomienda a las Autoridades Centrales a que adopten distintas medidas en cumplimiento de la obligación que asumen conforme al artículo 7 letra h). Esta conclusión se reafirma posteriormente en las Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (noviembre de 2006) 1.1.12.
Resulta de gran interés el detallado análisis que hace el Tribunal Supremo Argentino en Sentencia de 22/08/2012 sobre la cooperación entre las Autoridades Centrales como *garantes del retorno seguro* del menor y cómo, en algún caso, dicho retorno seguro conlleva adoptar medidas en relación con el padre acompañante, remitiéndose para ello a la Guía de Buenas Prácticas y haciendo hincapié en el aseguramiento por parte de las Autoridades Centrales de que tales medidas sean aplicadas como requisito para el retorno seguro. Todo lo anterior encuadrado en el marco del artículo 7 del Convenio de La Haya de 1980. G., P. C. c. H., S. M. s/ reintegro de hijos, INCADAT.
[21] Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, (22-28 de marzo de 2001), párrafo 5.1. "Órdenes de restitución segura".

propio Convenio de La Haya de 1980. Y es que en la interpretación de la normativa convencional se ha de apreciar también "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes"[22]. En consecuencia, el razonamiento que las autoridades nacionales hagan de las previsiones del Convenio de La Haya de 1980 ha de estar en plena sintonía con las normas internacionales de protección de los Derechos humanos, tanto de carácter general, por ejemplo, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, así como, de forma particular, conforme a los derechos consagrados en la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989* y con sus Protocolos Opcionales[23].

Esta interpretación respetuosa y coherente es especialmente relevante. A continuación, abordamos el análisis de cómo la idea de retorno seguro, en situaciones para las que está presente la excepción de grave riesgo, se ha proyectado dentro del contexto de los derechos garantizados por los referidos textos de protección de los Derechos humanos[24].

1. La importancia de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en el contexto de la protección de los Derechos humanos

a. El alcance de la jurisprudencia del TEDH

9. La práctica del TEDH en los supuestos de sustracción internacional de menores ha sido numerosa y con un gran impacto en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980[25]. Los diferentes pronunciamientos han ido pergeñando una doctrina por parte del TEDH que parece asentada tras la Sentencia del caso *X c. Letonia*[26] y que ha seguido en los pronunciamientos posteriores.

10. Si la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 ha de contextualizarse en el sistema de protección de los Derechos humanos la idea de retorno seguro del menor

[22] Véase en este sentido el artículo 31.3 c) del *Convenio de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969*.
[23] El mayor nexo de unión entre el Convenio de La Haya de 1980 y la Convención de los Derechos del niño se encuentra en el artículo 11 de esta última donde se establece: 1. "Los Estados Parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero" (…). En relación con los Protocolos Opcionales nos vamos a referir al *Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, de 19 de diciembre de 2011.
[24] Para un análisis de otros contextos geográficos *vid*., CELIS, M: *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial*…, *op. cit*., pp. 171-176 a 178.
[25] Sobre la protección de los derechos del menor por el TEDH puede consultarse en la doctrina española entre otras obras, OTAEGUI AIZPURUA, I: *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los Derechos del menor*, Ed., Aranzadi, 2017.
[26] *X. c. Letonia* (Application no. 27853/09).

ha estado presente en la jurisprudencia del TEDH con mejor o peor acierto desde nuestra perspectiva.

En concreto, por ejemplo, en la decisión *X. c. Letonia*, el Tribunal establece que las autoridades que ordenan la restitución del menor *deben -must-* asegurarse de que se proporcionen de forma convincente las salvaguardas adecuadas en ese país y en caso de riesgo conocido que se adopten medidas de protección concretas[27]. De esta forma el TEDH generaliza la obligación de las autoridades nacionales, en este supuesto de las autoridades del Estado de refugio, de verificar que el retorno del menor al Estado de su residencia habitual se producirá de forma segura, en otro caso, su aplicación podría ser contraria al artículo 8 del CEDH.

La importancia de la decisión dictada en el asunto *X. c. Letonia* es incuestionable y también es evidente su proyección en decisiones posteriores en relación con el retorno seguro del menor. En Sentencia de 30 de marzo del 2023, en el asunto *X. c. Republica Checa*[28]*,* en un supuesto que discurre con una altísima conflictividad entre los progenitores, el TEDH establece, en relación con el retorno seguro del menor, que el Tribunal checo había cumplido con el requerimiento establecido en el asunto *X c. Letonia* que exige a quien solicita la restitución que ponga las medidas tangibles de protección para proteger su interés a su regreso. Las medidas propuestas fueron: el menor continuará, cuando regrese a EEUU, bajo el cuidado de la madre, el progenitor se compromete a poner a disposición de la madre y del menor un

[27] Párrafo 69 y 108.

[28] *X c. República Checa* (Application no. 64886/19). Se trató de un caso especialmente delicado debido al alto grado de conflictividad que había entre las partes. La madre sustrajo al menor desde EEUU a la Republica Checa, alegó la aplicación del artículo 13. 1 (b) acusando al progenitor de malos tratos (en EEUU no se inició un proceso penal porque no quiso testificar contra el padre). El Tribunal tuvo en cuenta las medidas que procuraban un retorno seguro del menor y a las que el padre accedió como: poner a disposición de la madre y de la menor un alojamiento en EEUU se comprometió a depositar un pago anticipado de seis meses (párrafo 32). Sin embargo, cuando llegó el momento de la ejecución de la orden de restitución la madre se opuso alegando, entre otros motivos, que el padre no pondría a disposición de la progenitora aquellas medidas a las que se había comprometido; además, la progenitora indica que no retornará con el menor a EEUU circunstancia que sí se produce cuatro días más tarde que el menor regresara con el progenitor. La progenitora se niega a la ejecución voluntaria de la restitución del menor y es la ejecución judicial de la orden la que alega ante el TEDH que viola el artículo 8 del CEDH. Este asunto fue enviado para su revisión a la Gran Sala del TEDH, la demandante solicitó la aplicación del artículo 28 del Reglamento del Tribunal. La jueza la República Checa había intervenido en la decisión dictada por el Tribunal Constitucional checo al que recurrió la demandante y posteriormente en la decisión adoptada por el TDEH el 12 de mayo del 2022. Se admitió la revisión del asunto y la Gran Sala se pronunció el 3 de marzo del 2023 estableciendo que las autoridades checas en el proceso de ejecución de la decisión de retorno de la menor a EEUU no habían violado las previsiones del artículo 8 del CEDH.

alojamiento en los EEUU, el progenitor no iniciará contra la madre ningún proceso penal por la sustracción del menor[29].

Por último, el TEDH en Sentencia de 23 de noviembre del 2021, resuelve el asunto *SN et M.B.N. c. Suiza*[30], en el que un menor había sido desplazado desde Tailandia a Suiza por la progenitora sin el consentimiento del padre. En este asunto el TEDH valora si el proceso de retorno seguido por las autoridades nacionales -en este caso las suizas- es acorde con el interés del menor y, en particular, si excluye el grave riesgo alegado ante estas.

Sobre este aspecto el TEDH concluye que las autoridades suizas en el proceso de retorno han adoptado las medidas razonables para garantizar la seguridad del menor en Tailandia, con la actuación de las autoridades tailandesas, medidas que excluyen el grave riesgo que se alega por la progenitora y que vendría a impedir la restitución de la menor conforme al artículo 13. 1 b) del Convenio de La Haya de 1980[31]. Sin embargo, en este caso sorprende la decisión del TEDH en relación al cumplimiento de las medidas de retorno seguro cuando lo cierto es que el intento de colaboración durante el proceso por parte de las autoridades suizas no es atendido en todos los extremos por parte de las autoridades tailandesas, tal y como queda patente en la decisión[32].

En las decisiones anteriores el TEDH ha responsabilizado en mayor medida a las autoridades del Estado de refugio de la adopción de medidas tangibles -como las indicadas más arriba- para asegurar el retorno seguro del menor. También hay supuestos en la jurisprudencia del TEDH en los que se ha responsabilizado a las autoridades de la residencia habitual del menor de verificar el cumplimiento de las medidas a las que el progenitor se había comprometido tras dictar estas autoridades una decisión cuya ejecución suponía la restitución del menor a dicho Estado (en

[29] Párrafo 78. En concreto el TEDH afirma: "The Grand Chamber also emphasised that, as the Preamble to the Hague Convention provides for children's return "to the State of their habitual residence", the courts must satisfy themselves that adequate safeguards are convincingly provided in that country, and, in the event of a known risk, that tangible protection measures are put in place", párrafo 74.

[30] *SN et M.B.N. c. Suiza* (Application nº. 12937/20). Este asunto presenta también un escenario muy complicado en el que se alegan abusos sexuales por parte del padre hacia la hija. Abusos que no llegan a descartarse nunca en el marco del proceso. Sobre la misma *vid*., BUCHER, A: "Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille", *Swiss Review of International and European Law*, Nº 32, 2022, p. 248.

[31] Párrafo 111.

[32] Véanse las medidas en los párrafos 56 a 59. En particular, el Servicio de Protección de la Juventud suizo trata de obtener garantías por parte de las autoridades tailandesas para que el derecho de visita se produzca de forma vigilada. Sin embargo, como consta en la decisión, no se ha obtenido respuesta de dichas autoridades, párrafo 59.

aplicación del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis) [33]. De esta forma se pronunció el TEDH en la decisión *Šneersone y Kampanella c. Italia*; en consecuencia, el TEDH determinó que, en este caso, fueron las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual del menor, no las autoridades del Estado de la sustracción, quienes no cumplieron con la obligación de vigilar su retorno seguro violando el artículo 8 del CEDH.

b. El Comité de los Derechos del Niño

11. En el marco de la aplicación conjunta del Convenio de La Haya de 1980 con el Convenio de los Derechos del Niño de 1989, así como con sus Protocolos Facultativos también encontramos pronunciamientos en este caso del Comité de los Derechos del Niño, en relación con la sustracción internacional de menores con referencias importantes al retorno seguro.

12. Una de las decisiones del Comité se produjo en un caso de especial vulnerabilidad de un menor, dado que se trataba de una niña con autismo que había sido sustraída por su progenitora desde España a Chile sin el consentimiento del progenitor, el caso *N.E.R.A v. Chile*[34]. En las dos primeras instancias los Tribunales chilenos decretan la permanencia de la menor en Chile en base a las excepciones al retorno contendidas en el Convenio de La Haya de 1980, en particular la excepción del artículo 13.1 b), y es el Tribunal Supremo chileno, en la apelación presentada por el progenitor, quien ordena la restitución de la menor a España al entender que no concurre el grave riesgo alegado por la progenitora.

La progenitora presenta una comunicación al Comité de los Derechos del Niño alegando que la orden de restitución del menor a España dictada por el Tribunal Supremo chileno supone una violación de forma aislada o conjuntamente de los artículos 3, 9, 11 y 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Comunicación que interpone en aplicación del *Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, de 19 de diciembre de 2011[35].

[33] Application no. 14737/09. Hay que recordar que el artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis permite adoptar una decisión sobre el derecho de custodia para cuyo efectivo cumplimiento se requiere la devolución del menor, y ello a pesar de que la autoridad del Estado miembro de refugio hubiera decidido ordenar la no devolución del menor al Estado miembro de la residencia habitual en base al artículo 13.1 (b) del Convenio de La Haya de 1980.
[34] *N.E.R.A. c. Chile* CRC/C/90/121/2020.
[35] Resolución A/RES/66/138 de la Asamblea General. Sobre la decisión del Comité en base a este Protocolo y, en concreto, sobre supuestos de sustracción internacional, *vid*., SKELTON, A: "The CRC perspective in the context if international child abduction and the 1980 Hague Convention", *Research*

El Comité sostuvo que la aplicación de las normas del Convenio de La Haya de 1980 no se traduce indefectiblemente en el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, sino que los órganos jurisdiccionales internos tienen que asegurar el cumplimiento de los criterios interpretativos y garantías procesales cuando se hayan aplicado los artículos 12, 13 o 20 del Convenio de La Haya de 1980 (párrafo 8.4). El Comité centró su decisión en dos argumentos con relación a la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de Chile:

Primer argumento, en la falta de motivación de la decisión de restitución por la que se anularon las dos órdenes de no devolución emitidas por los tribunales inferiores.

Segundo argumento, el Comité afirmó que: en el momento de dictar una orden de restitución el órgano jurisdiccional debe de estar convencido de que se han adoptado todas las medidas para el *retorno seguro del menor* (párrafo 8.9) (la cursiva es mía). En relación a este segundo argumento, el Comité sostuvo que en la decisión de devolución del menor el Tribunal Supremo chileno no tuvo en cuenta las condiciones de la restitución del menor; por tanto, consideró que no se cumplió con el derecho del menor a que su interés fuera considerado primordial y, en consecuencia, la orden violó el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 solo o conjuntamente con los demás preceptos.

Hay que recordar la jurisprudencia del TEDH en la que ha puesto de manifiesto que la aplicación armoniosa del Convenio de La Haya de 1980 con el CEDHU conlleva: que el tribunal que vaya a decidir sobre la restitución de un menor tiene que tomar en consideración las alegaciones que se hagan en torno a la concurrencia de las excepciones al retorno del menor conforme a las previsiones del Convenio de La Haya de 1980, adoptando el tribunal nacional decisiones lo suficientemente motivadas para que el TEDH pueda verificar que aquellas cuestiones han sido efectivamente examinadas, tales factores han de ser apreciados a la luz del artículo 8 del CEDH. Además, los tribunales tienen que cerciorarse que proporcionan de manera convincente salvaguardias adecuadas, la adopción de medidas tangibles de protección en el país de retorno en caso de riesgo conocido. Ambos aspectos están presentes en el análisis y la decisión adoptada por el Comité de los Derechos del Niño en el asunto *N.E.R.A. v. Chile*.

13. En definitiva, y aunque la idea de retorno seguro del menor no esté tratada de forma expresa en el Convenio de La Haya de 1980, su lectura y aplicación conforme al contexto de la protección de la normativa internacional de protección de los

Handbook International Child Abduction The 1980 Hague Convention, (Edit M. Freeman/ N. Taylor), Elgar, 2023, pp. 279- 297, en especial pp. 292-296.

Derechos humanos, tanto general como, en particular, de los derechos garantizados por la Convención de los Derechos del Niño de 1989, conllevan asegurar que, en cualquiera de los supuestos[36], la restitución del menor al Estado de su residencia habitual se va a producir de forma segura lo que supone, entre otros aspectos, como ha sostenido el TEDH en la Sentencia *X. c. Letonia*, la adopción de medidas tangibles de protección para proteger su interés a su regreso.

14. En los siguientes epígrafes nos ocupamos de analizar desde la perspectiva jurisprudencial la idea de *retorno seguro* con el propósito de comprobar si este concepto se está o no extendiendo entre los distintos tribunales de los Estados parte del Convenio de La Haya de 1980 -téngase en cuenta que solo vamos a centrarnos en decisiones en las que se aplica la norma convencional y no el sistema del Reglamento 2019/1111 (sobre el tratamiento de este sistema *vid., infra*., epígrafe III)-. Así, nos detendremos primero en la importante decisión adoptada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Golan v. Saada*[37] resuelto el 15 de junio del 2022 (epígrafe 2); para después analizar otra jurisprudencia comparada (epígrafe 3).

2. La decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Golan v. Saada*

15. Se ha sostenido, desde mi perspectiva, de manera acertada, como las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en relación con el Convenio de La Haya de 1980 son especialmente importantes a la hora de fijar una uniformidad en la aplicación del texto[38]. En efecto, su alcance no solo se aprecia dentro del territorio estadounidense, sino que se proyecta a las jurisdicciones de otros Estados contratantes del Convenio.

16. Junto a la anterior consideración hay que tener en cuenta la actualidad que en la práctica plantea el contexto en el que se presenta en el asunto *Golan v. Saada*, dado que se trató de un caso en el que los malos tratos estuvieron presentes desde el inicio. Si cualquier supuesto de sustracción internacional de menores ya supone una situación especialmente delicada y normalmente de gran discrepancia entre las partes, una escala mayor de confrontación se alcanza en los supuestos en los que las acusaciones de violencia domestica están en el centro del asunto. El Tribunal

[36] Ya hemos analizado que el TEDH ha decidido en torno al retorno seguro del menor ante cualquier riesgo y no sólo cuando las autoridades nacionales entendieron cumplida o probada la excepción de grave riesgo del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980.
[37] *Golan v. Saada* 596 U.S (2023).
[38] *Vid*., HONORATI, C: "Protecting mothers against Domestic Violence in the context of International Child Abduction: between Golan v. Saada and Brussels II ter EU Regulation", Laws 12:79, pp. 1-20 https://doi.org/10.3390/laws12050079

Supremo estadounidense se enfrentó a una situación de este cariz en el asunto *Golan v. Saada*[39].

a. El contexto fáctico y jurídico del asunto

17. Los hechos de forma breve son: un nacional italiano -Isaac Saada- y una nacional estadounidense -Narkis Golan- tienen un hijo -B.A.S- y se instalan en Milán. Desde el comienzo los malos tratos están presentes en la relación. La progenitora viaja a EEUU a la boda de su hermano con el menor, que en ese momento tiene dos años, y decide no retornar a Italia. El progenitor inicia un proceso de retorno ante las autoridades estadounidenses[40].

El Tribunal del Distrito ordena la restitución de B.A.S., y ello a pesar de establecer que existía un riesgo grave conforme al artículo 13.1 (b) del Convenio de La Haya de 1980. El Tribunal entiende que el paquete de medidas de protección que se adoptó y que el Sr. Saada aceptó vendría a disminuir el riesgo cuando B.A.S retornara a Italia.

La progenitora apela la decisión, y el Segundo Circuito, establece que las medidas no eliminan el grave riesgo del menor en su retorno dado que no son directamente ejecutables en Italia, por tanto, anula el pronunciamiento previo. El Segundo Circuito se remite al Tribunal del Distrito para que considere si el Tribunal italiano podría adoptar una orden de alejamiento que prohibiera al Sr. Saada tanto acercarse a la señora Golan como visitar a su hijo. Tras diversas comunicaciones con la autoridad italiana esta adopta una serie de medidas que serían efectivas cuando B.A.S regresara a Italia y se extenderían por un año. El Tribunal del Distrito satisfecho con estas medidas ordena de nuevo la devolución del menor.

La progenitora vuelve a apelar y la resolución confirma la orden de retorno, posteriormente recurre de nuevo al Segundo Circuito quien deniega la petición de recurso y, por último, presenta el recurso ante el Tribunal Supremo de los EEUU.

[39] Sobre la misma *vid*., CHALAS, C: "Les measures de protection de l'enfant illicitament déplacé et le risqué grave de danger: comparaison de l'office de juges américains et européenns. Supreme Court of the United States, 15 juin, 2022, Golan v. Saada, 596 U.S. (2022)", *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 67-84. CELIS, M: "Golan V. Saada- a case on HCCH Child Abduction Convention: the opinion of Supreme Court is now available", https://conflictoflaws.net/2022/golan-v-saada-a-case-on-the-hcch-child-abduction-convention-the-opinion-of-the-us-supreme-court-is-now-available/

[40] El proceso de retorno ante el Distrito de Nueva York se interpone por el Sr. Saada en septiembre de 2018. Han trascurrido más de cinco años en los que las partes no han dejado de litigar. La señora Golan falleció en octubre del 2022 y el menor, B.A.S., tiene siete años y aún permanece en EEUU.

b. El recurso ante el Tribunal Supremo y su decisión

18. Pues bien, la señora Golan plantea ante el Tribunal de los EEUU:

"determining whether a grave risk of harm exists necessarily *requires* considering whether any ameliorative measures are available"[41].

La cuestión es sin duda muy relevante dado que incide en cómo se construye la relación entre la evaluación de un grave riesgo, confirmado por el tribunal que decide sobre el retorno, y si su apreciación supone que antes de decidir sobre la devolución, el tribunal tiene que considerar o no las medidas que conlleven la disminución del riesgo permitiendo, por tanto, una orden de devolución.

19. Las instancias inferiores hasta el momento se habían pronunciado en sentidos diferentes al respecto, por ejemplo, entre otros: de un lado, los Circuitos Uno y Once entendían que, una vez establecida la existencia de grave riesgo el tribunal no tenía que considerar ninguna medida para facilitar el retorno del menor que viniera a minimizar dicho riesgo[42]; de otro lado, los Circuitos Segundo, Tercero y Noveno entendían que, en situaciones en las que el grave riesgo había sido acreditado y apreciado se requería la consideración por el tribunal de las medidas que permitirían el retorno del menor, asegurando su devolución segura al neutralizar el citado riesgo[43].

20. En su decisión el Tribunal Supremo esgrime un primer argumento que venía aplicando en numerosas ocasiones: la interpretación literal del texto. En efecto, como indica el Tribunal, nada en el Convenio de La Haya de 1980 prohíbe u obliga a considerar las medidas de retorno seguro. El texto convencional deja a los tribunales de los Estados parte total discrecionalidad para decidir en torno al retorno o no del menor.

Ahora bien, en la segunda parte de la decisión, al analizar las alegaciones del progenitor, el Tribunal Supremo se aparta de la interpretación literal del texto y trata de determinar si las medidas de protección están o no de *forma implícita* en el

[41] P. 9.
[42] *Nunez Escudero v. Tice-Menley* 58 F.3d 374 (8th Cir. 1995), "the court stressed that the test for determining grave risk would not depend on the ability of the courts of the habitual residence to offer the child protection".
[43] Véase el asunto *Blondin v. Dubois* (2d Cir. 1999) 189 F.3d 240. Para un análisis muy crítico de esta decisión *vid.*, NELSON, S.C: "Turning our backs on the children: implications of recent decisions regarding The Hague Convention on International Child Abduction", *University of Illinois Law Review*, Vol. 2001 Nº2, pp. 669-694. GLASS, P: "Blondin v. Dubois: A Closer Step to Safeguarding the Welfare of Abducting Children", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 26, Issue 2, pp. 723-763.

Convenio de La Haya de 1980, de manera que la relación entre la apreciación de grave riesgo y las medidas de protección es decisiva. En un primer momento el Tribunal Supremo afirma que la cuestión de si existe grave riesgo se debe de examinar de forma separada al hecho de que existan medidas que puedan mitigar el riesgo; si bien, posteriormente sostiene que ambos aspectos, para algunos jueces, pueden superponerse[44]. El tribunal que resuelve sobre la restitución decide de forma discrecional y esta discrecionalidad se extiende a la consideración de la existencia o no de las medidas de protección. De forma que, finalmente el Tribunal Supremo afirma que, si se impone de forma categórica al tribunal que decide sobre la devolución la obligación de considerar las medidas de protección en uso de su discrecionalidad, en la práctica supondría reescribir el Convenio[45].

21. En consecuencia, el Tribunal Supremo exime a la autoridad que resuelve sobre el retorno de la obligación de analizar el conjunto de medidas de protección posibles que vendrían a disminuir el grave riesgo en caso de retorno. La consideración o no de tales medidas entra dentro de la discrecionalidad del tribunal que decide entre la devolución o la permanencia del menor. Y es aquí donde se produce el desarrollo más interesante de la decisión, centrado en la guía que propone para que los tribunales, en uso de su discrecionalidad, consideren en su caso las medidas de retorno seguro:

En primer lugar, es obligatorio priorizar la seguridad física y sicológica del menor, de manera que si las medidas no serán efectivas o el tribunal entiende que no minimizarán el riesgo, en este caso el menor no debe de retornar[46]; en segundo lugar, las medidas no deben invadir la competencia que tiene el tribunal de la residencia habitual del menor, como el competente para decidir sobre el derecho de custodia[47]; en tercer lugar, la consideración de las medidas de protección no debe de afectar a la naturaleza expeditiva que tienen los procesos sobre retorno de menores[48].

[44] Son muy interesantes las reflexiones que hace C. HONORATI sobre la incidencia de una u otra opción en la discrecionalidad del órgano judicial a la hora de valorar la existencia de grave riesgo, "Protecting mothers against Domestic Violence in the context of International Child Abduction…", *op. cit*., p. 6.
[45] *Golan v. Saada*, p. 11.
[46] El Tribunal pone como ejemplos de situaciones en las que el riesgo es especialmente grave los abusos sexuales o la violencia doméstica en estos casos el tribunal podría declinar la consideración de medidas de protección, p. 12.
[47] Además, el tribunal establece que tendrán que ser medidas temporales y no "permanent arrangements", p. 13.
[48] El Tribunal recalca que en la Primera instancia se tardaron nueve meses en que la autoridad cumpliera con la orden del Segundo Circuito de aportar medidas de protección que se probaran

22. La decisión del Tribunal Supremo conlleva, por tanto, a la reconsideración de la línea seguida por el Segundo Circuito de forma que ya no se entiende que el tribunal ante el que se ha probado la existencia de grave riesgo tenga la obligación de considerar la existencia de tales medidas que aseguran un retorno seguro de menor minimizando el referido riesgo. Ahora bien, si el tribunal en uso de su discrecionalidad decide considerarlas para su adopción tendrá la guía que el Tribunal Supremo le ofrece en la Sentencia *Golan v. Saada*.

23. El proceso continúa abierto y como se ha advertido por distintos autores, no parece que el retorno del menor a Italia vaya a cumplir con su interés superior, tras más de cuatro años de litigación y el cambio de circunstancias [49].

3. Supuestos prácticos en la jurisprudencia comparada

24. De la jurisprudencia comparada podemos extraer ejemplos de cómo se ha construido la relación entre la excepción de grave riesgo contenida en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980 y el retorno seguro del menor. En el análisis de la jurisprudencia son dos las situaciones que hemos detectado:

La primera situación se corresponde con los supuestos en los que el tribunal del Estado de refugio aprecia la existencia de grave riesgo y, a pesar de la concurrencia de la excepción, el tribunal dicta un orden de restitución fundamentalmente disuadido por la existencia de medidas de protección. Esta sería la situación a la que se correspondería el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo estadounidense en el asunto *Golan v. Saada* que acabamos en tratar (si bien, como hemos analizado, el Tribunal Supremo ha establecido que la autoridad que decide sobre la restitución no tiene la obligación de verificar la existencia de las medidas que asegurarían en su caso el retorno seguro en caso de probarse la concurrencia de la excepción de grave riesgo *vid., supra.,* epígrafe 2 letra B]).

El segundo grupo de casos responden a situaciones en las que el tribunal no aprecia grave riesgo o no hay pruebas suficientes para probarlo. En estos supuestos no opera la excepción al retorno del artículo 13. 1 b) del Convenio de La Haya de 1980, en consecuencia, el tribunal del Estado de refugio ordena la restitución del menor. Ahora bien, a pesar de no apreciar el grave riesgo en la restitución del menor el tribunal incide en la necesidad de retorno seguro del menor principalmente porque

fueran eficaces en Italia, p. 7. En efecto, como sostiene el Tribunal, la consideración de las medidas de protección no puede contravenir el carácter expeditivo de estos procesos, p. 14.

[49] Hay que apuntar que la señora Golan falleció en el año 2022, en la actualidad B.A.S reside con su tía y es ella quien sigue litigando. Una descripción de la situación tras la decisión del Tribunal Supremo *vid*., HONORATI, C: "Protecting mothers against Domestic Violence in the context of International Child Abduction…", *op. cit*., pp. 10-11.

es sabedor de un potencial riesgo para el menor de forma que en su decisión añade una serie de medidas de protección que entiende necesarias en su restitución segura.

25. Dado que el caso *Golan v. Saada* pertenece a la primera situación apuntada, vamos ahora a situarnos en el estudio de aquellos supuestos en los que probada la ilicitud del desplazamiento, la sustractora alega la existencia de grave riesgo contenida en el artículo 13.1 b), pero a juicio del tribunal que tiene que decidir sobre la excepción, la parte que se opone a la devolución no prueba la concurrencia de grave riesgo en el sentido que exige el Convenio de La Haya de 1980[50]. Estos ejemplos son interesantes: de un lado, porque la incidencia del retorno seguro está presente en la evaluación del riesgo, aunque como decimos o no se alcanza el grado de gravedad que requiere el artículo 13. 1 b) para aplicarse como excepción, o el mismo no queda probado; de otro lado, a pesar de lo anterior afectan a casos especialmente delicados, dado que se trata de supuestos en los que la progenitora sustractora en cada uno de ellos alega presuntos abusos sexuales del progenitor a los menores[51]. Veamos algunos ejemplos que entendemos son interesantes y muestran cómo se construye la noción de retorno seguro del menor en estas situaciones de riesgo.

26. En el caso de la jurisprudencia española traemos a colación, a modo de ejemplo, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 15 de julio de 2022 que resuelve una sustracción de una menor, desplazada por su madre desde Reino Unido a España[52]. Admitida la ilicitud del traslado la progenitora alega el grave riesgo que supondría para menor su devolución a Reino Unido debido a los abusos sexuales del progenitor hacia la menor y que, por tanto, supondría la aplicación de la excepción del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980. El juez en Primera Instancia ordena la restitución, decisión apelada por la progenitora[53].

---

[50] Sobre la interpretación de este precepto en la doctrina española *vid*., CAAMIÑA, C: "Grave riesgo de daño físico o síquico o situación intolerable en los casos de sustracción internacional de menores", *El Derecho de familia internacional del Siglo XXI en la práctica judicial*, (dir. A.L Calvo Caravaca/ Javier Carrascosa) Cizur, 2022, pp. 58-69.

[51] Han sido numerosos los trabajos que abordan esta cuestión, entre otros, además de los ya citados en la nota al pie núm., 9, *vid*., REIG FABADO, I: "Violencia de género en la sustracción internacional de menores: ¿Regulación insuficiente, infrautilizada o ambas cosas?", *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, (dir. Ángeles Lara Aguado), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 903-934; RUIZ SUTIL, C: Las *violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del Derecho internacional privado*, Dykinson, 2023.

[52] SAPB 7839/2022, ECLI:APB:2022:7839.

[53] Véase una diferencia importante en el manejo de la excepción de grave riesgo ante la acusación de abusos contra la menor en un asunto resuelto por la AP de Orense (Sección 1ª) de 14/11/2022 nº 831/2022, ECLI:ES:APOU:2022:1084. En este caso se descarta completamente la aplicación de la

La Audiencia Provincial de Barcelona se centra en determinar la concurrencia de una situación objetiva de grave riesgo que el tribunal pueda valorar. En este propósito el Tribunal afirma que las pruebas no permiten construir una situación objetiva de grave riesgo que justifique denegar la orden de retorno a la que obliga el Convenio. Para ello principalmente basa su argumento en que no se había presentado informe psicológico alguno sobre la situación de la menor. Es cierto que la progenitora había pedido ayuda a una organización especializada y que ello acredita la creencia de la madre en la veracidad del testimonio de la menor, pero esta creencia, añade el Tribunal, es subjetiva y no es suficiente para demostrar la existencia de grave riesgo en el sentido exigido por el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980[54].

Junto a lo anterior, ni la carencia de apoyo familiar ni económico en Reino Unido son circunstancias que no puedan suplirse con medidas que pueden adoptarse en Reino Unido.

En el proceso de valoración de grave riesgo, realizado por la Audiencia Provincial de Barcelona, la noción de retorno seguro entra a formar parte de la evaluación del riesgo, al sostener el Tribunal: "*la posibilidad de que el Estado de la residencia habitual pueda adoptar medidas de protección adecuadas es una posibilidad que debemos de tener en cuenta a la hora de valorar el riesgo alegado*"[55]. De esta forma, y aunque el Tribunal entiende que el grave riesgo no ha sido probado, tal y como exige el Convenio de La Haya de 1980, la gravedad del asunto lleva a la autoridad a afirmar que: " (…) ante la eventualidad de que la situación denunciada sea cierta se da la posibilidad de protección por parte de los tribunales competentes y hasta ese momento pueden adoptarse medidas por este Tribunal que deben ser cumplidas en Reino Unido".

---

excepción de grave riesgo ante la ausencia de pruebas que lo demuestren, así como la adopción de medidas de protección en el Estado de la residencia habitual de la menor -Suiza- donde se ordena la restitución de la menor.

[54] Hay que destacar que la AP de Barcelona en su decisión utiliza la Guía de Buenas Prácticas en relación con la apreciación del grave riesgo apoyándose en la indicación de la Guía en la que se afirma: "(…) en el examen de la excepción se exige, por el contrario, contemplar el futuro, es decir, la situación en la que el niño se encontrará en caso de retorno inmediato. El examen de la excepción de riesgo grave debe igualmente centrarse, en la medida que sea necesario y oportuno, en la disponibilidad y calidad de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual (…)". F.Jº Segundo.

[55] En un sentido similar, aunque posteriormente no se para en analizar las medidas de protección, se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia nº 264/2022 de 22 de julio cuando sostiene: "En esa causa de oposición cabe entender incluidas todas aquellas situaciones en las que el opositor consiga acreditar que la integridad física o psíquica del menor está en riesgo en el caso de que prospere la pretensión de reintegración, y siendo exigible la gravedad del riesgo, éste debe ser real, no meramente hipotético, y traducirse en un peligro concreto, *comprendiendo también su examen la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual*", (la cursiva es nuestra) ECLI:APM:2022:20157.

Aunque la Audiencia descarta la excepción de grave riesgo que permita denegar el retorno, en su decisión tiene presente la existencia de un riesgo potencial, que no está excluido a pesar de que no se haya probado el grave riesgo alegado, de forma que en caso de producirse sea contrarrestado con la adopción de medidas de protección asegurando con ello el retorno seguro del menor.

27. Otra decisión de interés por su focalización en la idea de retorno seguro del menor y la excepción de grave riesgo alegada por la progenitora es la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia del Primer Turno de Uruguay el 22 de diciembre de 2016[56].

De forma breve los hechos fueron los siguientes: una menor fue desplazada por su madre desde España a Uruguay. El progenitor inicia un proceso de restitución ante las autoridades de este segundo Estado. La progenitora se opone alegando la concurrencia de la excepción al retorno del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980 dado que, conforme a las pruebas que presenta, la menor era víctima de abusos sexuales y otras formas de violencia por parte del progenitor.

Tras todas las pruebas presentadas el Tribunal entiende que queda acreditado lo que denomina “riesgo ambiental”, es decir, violencia a la que no de forma directa ha estado expuesta la menor. El Tribunal ordena la restitución de la menor, si bien indica que en el marco del Convenio de La Haya de 1980 cuando haya algún tipo de violencia toca actuar al Estado requerido -en este caso el Estado español-, para prevenir el daño, focalizando, por tanto, la decisión de la autoridad en torno a la existencia o no de retorno seguro.

A juicio del Tribunal uruguayo hay que indagar sobre las medidas de protección en el Estado de la residencia habitual del menor y, en particular, si puede o no existir retorno seguro. Para ello describe dos elementos de los que depende el retorno seguro del menor: de un lado, la posibilidad del acceso a la justicia en el Estado de la residencia habitual de una forma global; de otro lado, la existencia de medidas que se puedan establecer en interés del menor, si bien el Tribunal aclara que para la efectividad de esas medidas es necesario que estas se incluyan en la sentencia de restitución. Ambos extremos quedan satisfechos en caso de que la menor sea devuelta a España de manera que, la garantía del retorno seguro del menor lleva al Tribunal a sostener: “El grave riesgo, aún en la tesis de la apelación, puede ser conjurado ameritando el rechazo a la restitución”[57].

[56] INCADAT S. G., P. C. c/U., M. s/Exhorto Restitución.
[57] P. 29.

Creemos que, en la valoración del riesgo, y aunque éste finalmente no se haya demostrado por la parte sustractora como grave riesgo, está presente la idea de retorno seguro si el menor es devuelto y con ello el establecimiento de las medidas de protección.

28. Ambas decisiones se detienen en acentuar la importancia de la eficacia de las medidas que aseguran el retorno seguro del menor al Estado de su residencia habitual. Efectividad que se facilita por la vinculación de los Estados implicados, en estos supuestos, al Convenio de La Haya de 1996 y, en particular, en ambos casos es su artículo 11 el precepto que sirve de base jurídica para que la autoridad del Estado de refugio pueda adoptar medidas de protección urgentes para el retorno seguro.

Para que se justifique su aplicación es necesario que la intervención de las autoridades donde se encuentra el menor -Estado de refugio- tenga carácter urgente. El Convenio de La Haya de 1996 no contiene una definición expresa sobre la noción de urgencia, si bien, el Informe Lagarde sí prescribe una serie de rasgos: de un lado, que la falta de intervención podría causar un perjuicio irreparable al menor; de otro lado, una aplicación estricta del precepto dado que hay una derogación de la norma general[58]. En el Convenio tampoco se incorporó una lista expresa de medidas, sino que, como indica el Relator del Informe, se trata de un concepto funcional que depende de cada situación[59].

En la Guía de Buenas Prácticas se incorporan algunas medidas que las autoridades podrían tener en cuenta para el retorno seguro del menor, por ejemplo: asesoramiento jurídico, asistencia financiera para la vivienda, etc. Además, la Guía se refiere a otras medidas más específicas que deben adoptarse no como norma, sino solo cuando sean necesarias para abordar el grave riesgo y por un tiempo limitado, por ejemplo, se refiere entre otras a: decisiones que confieren custodia provisional a la madre sustractora, o medidas por las que se retiran los procesos penales contra la madre referidos a la sustracción…En cualquier caso, se advierte de que las autoridades tienen que tener en cuenta si tienen o no competencia para adoptar estas medidas[60].

---

[58] LAGARDE, P: *Informe Explicativo del Convenio 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 medidas de protección de los niños*, párrafo 68, p. 36. Hay que tener en cuenta que las medidas que podrán adoptar las autoridades del Estado de refugio no podrán en ningún caso invadir la competencia de las autoridades de las autoridades de la residencia habitual del menor.

[59] *Ibid*., párrafo 70, p. 37.

[60] *Guía de Buenas Prácticas,* Parte VI 13.1 b), párrafos 43 a 48.

En los supuestos de sustracción internacional y ante situaciones de grave riesgo acreditado para el menor en el caso de retorno, la actuación de las autoridades del Estado de refugio está justificada, conforme al artículo 11[61]. Pero también concurre el carácter de urgencia para los supuestos en los que, no habiendo prueba objetiva en el proceso de restitución sobre la concurrencia de la excepción del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980, sin embargo, sí hay un riesgo potencial o, como se ha llamado en algún caso, ambiental. Lo que queremos indicar es que, a diferencia del modelo del Reglamento 2019/1111[62], en el caso del artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996 la atribución de la competencia judicial internacional no está subordinada a la efectiva concurrencia de la excepción de grave riesgo contenida en el Convenio de La Haya de 1980[63]; circunstancia que alcanza, como apuntamos, no solo a la competencia judicial internacional, sino también a la eficacia extraterritorial de las medidas que se garantizan con el régimen de reconocimiento del artículo 23 del citado texto convencional del 96[64].

29. En definitiva, no queda probada la excepción de grave riesgo conforme a la interpretación que ha de darse al artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980. El riesgo potencial o ambiental queda mitigado por las medidas de protección cuya eficacia, además, se asegura por la aplicación de instrumentos convencionales protegiendo con ello el propósito del retorno seguro del menor. Esta jurisprudencia cumple con el requerimiento del TEDH en referencia a la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y el retorno seguro del menor proyectado en decisiones como el asunto *X c. Letonia*.

---

[61] *The Judges' Newsletter on International's child protection, Urgent measures of protection*, pp. 1-34, p. 4.

[62] Esta es una diferencia importante como veremos más adelante en relación con el sistema del Reglamento 2019/1111 [(*vid., infra*., epígrafe III, apartado 2)]

[63] En el documento *The Judges' Newsletter on International's child protection…,* se indica textualmente: "The application of the 1996 Child Protection Convention and its Article 11 will allow, in both cases, to avert the potential risk that the child would suffer upon his / her return to the State of habitual residence (potential risk established during the summary investigation in the requested State). Applying the exception of Article 13(1)(b) of the 1980 Child Abduction Convention becomes unnecessary in the former scenario because, even where there is grave risk, but it can be averted, return would not place the child in an intolerable situation in the sense of the 1980 Child Abduction Convention", *op. cit*., p. 21.

[64] Véase como ejemplo el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2ª) Auto núm. 152/2017 de 16 de agosto, en el que el tribunal español admite el recurso de apelación presentado por un progenitor para continuar con un procedimiento de reconocimiento de medidas adoptadas conforme al artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996, sobre una menor que había sido desplazada ilícitamente por la progenitora a Uruguay. Las autoridades uruguayas ordenan la restitución de la menor a España, conforme al Convenio de La Haya de 1980, condicionando la devolución al reconocimiento de las medidas de retorno seguro adoptadas en base al citado texto convencional que regula el reconocimiento por el régimen previsto en su artículo 23. JUR/2017/267911.

III. Planteamiento y solución en el R. 2019/1111: ¿una excepción europea a la excepción convencional de grave riesgo?

30. Las cifras del estudio estadístico elaborado también a nivel Regional para la 8ª Comisión de seguimiento de los Convenios de 1980 y 1996 ponen de relieve un cierto incremento del 40% al 43% en la aplicación del sistema Bruselas II bis respecto del sistema global[65]. A efectos de nuestro análisis, en relación con el retorno seguro del menor, hay un dato interesante y es que no ha habido una diferencia a nivel numérico en las decisiones que han denegado la restitución del menor en aplicación del sistema Bruselas II bis, respecto de la misma situación en aplicación, únicamente, del Convenio de La Haya de 1980. En ambos casos las peticiones de devolución se han denegado en un 18% de los supuestos[66]. Por tanto, la aplicación del sistema Bruselas II bis no ha tenido un impacto significativo en la práctica de las excepciones al retorno del menor, en particular, en referencia al artículo 13. 1 b) del Convenio de La Haya de 1980[67], que es la excepción que más se ha alegado y aplicado, tal y como hemos apuntado en la introducción de este trabajo (*vid*., *supra*., epígrafe I).

31. El modelo europeo[68], ya sea en el Reglamento Bruselas II bis o en la versión refundida aplicable desde agosto del 2022, responde a la idea de retorno del menor al Estado miembro de su residencia habitual y para ello, a través de distintas soluciones adoptadas para los supuesto intra-Unión Europea, se trata de restringir la aplicación en la práctica de la excepción de grave riesgo contendida en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980[69]. Como muestra de lo anterior se ha incorporado, por ejemplo, en el sistema de la Unión el mecanismo de última palabra[70], así como el régimen privilegiado de las decisiones adoptadas tras la

---

[65] *Regional Report- Statistical Study of applications made in 2021 under the 1980 Child Abduction Convention* Prel. Doc., Nº19B of September 2023, párrafo 5.
https://assets.hcch.net/docs/fcb00f53-ba49-4f62-ae79-0f0724b59093.pdf
[66] *Ibid*., párrafo 5.
[67] *Ibid.*, párrafo 6.
[68] Utilizamos en término modelo porque nos ha parecido muy apropiado y diferenciador, *vid.*, CARRILLO DEL POZO, L: "Sustracción internacional de menores en la encrucijada", *Protección de menores y discapacitados*, (dir., Mónica Herranz/Nayiber Febles), Ed. Colex, 2023, pp. 19-53.
[69] El artículo 36 del Convenio de La Haya de 1980 establece: "Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá a dos o más Estados Contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometido el regreso del niño, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones".
Véase también MUSSEVA, B: *La Guía Práctica de aplicación del Reglamento Bruselas II ter*, p. 112.
file:///C:/Users/sebas/Downloads/gu%C3%ADa%20pr%C3%A1ctica%20para%20la%20aplicaci%C3%B3n%20del%20reglamento%20bruselas-DS0923030ESN%20(1).pdf
[70] Previsto en el artículo 29 "Procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13, párrafo primero, letra b), y el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980" del Reglamento 2019/1111.

aplicación del mecanismo de prevalencia[71]. Pero quizá, donde se ha acentuado aún más el propósito de restringir la aplicación de la excepción de grave riesgo ha sido a través del sistema articulado sobre el régimen de medidas de protección provisionales incluidas las cautelares[72].

32. A lo largo del siguiente desarrollo queremos focalizar el análisis en la relación entre la excepción de grave de riesgo y las medidas provisionales incluidas las cautelares, desde un doble plano: en primer lugar, si el tribunal tiene que estar plenamente convencido de la concurrencia del grave riesgo que se requiere para la aplicación del artículo 13. 1 b) o, por el contrario, si su alegación, por quien se opone a la devolución, y la posibilidad de un riesgo potencial si se produce el retorno del menor, es condición suficiente de aplicación del régimen de la tutela cautelar previsto en el modelo de la Unión Europea; en segundo lugar, si el tribunal está obligado a considerar estas medidas o, por el contrario, no tiene dicha obligación.

Hay que recodar, que en el caso *Golan v. Saada* el Tribunal Supremo estadounidense eximió al tribunal que decide sobre la restitución de la consideración de tales medidas que vendrían a disminuir el grave riesgo, dado que ello supondría, a juicio del Tribunal, reescribir el Convenio de La Haya de 1980 (*vid.*, *supra*., epígrafe II, apartado 2). Pero ahora estamos en el modelo europeo y nos parece de interés analizar si esta perspectiva cambia o persiste en este sistema.

Para ello vamos a distinguir entre las dos situaciones que ahora incluye el Reglamento 2019/1111 en relación con la tutela cautelar. En primer lugar, la adopción de las medidas necesarias por las autoridades de la residencia habitual del menor (*vid., infra*., apartado 1); en segundo lugar, las medidas provisionales, incluidas las cautelares que, en su caso, podrán tomar las autoridades del Estado al que el menor fue trasladado o Estado de refugio quienes no son competentes para resolver sobre el fondo del asunto (*vid., infra*., epígrafe 2).

1. Intervención de las autoridades de la residencia habitual del menor: del artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis al artículo 27.3 del Reglamento 2019/1111

33. El sistema no es nuevo, al menos en parte, así en el marco del Reglamento Bruselas II bis la responsabilidad de adoptar medidas que aseguraran el retorno

[71] Capítulo IV Sección 2ª "Reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas", artículo 42.1 letra b) del Reglamento 2019/1111.
[72] Ya se indicó en su momento en la *Guía Práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis, Comisión Europea*, 2015, p. 54. file:///C:/Users/sebas/Downloads/gu%C3%ADa%20pr%C3%A1ctica%20para%20la%20aplicaci%C3%B3n%20del%20reglamento%20bruselas-DS0414759ESN.pdf

seguro del menor recaía en las autoridades del Estado de origen o de la residencia habitual del menor. De esta manera lo establecía el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis que trataba de restringir las órdenes de no devolución[73]:

"Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución".

34. La misma idea se proyecta ahora en el artículo 27.3 del Reglamento 2019/1111, donde establece:

"Cuando un órgano jurisdiccional *considere* la posibilidad de denegar la restitución del menor únicamente sobre la base del artículo 13, párrafo primero, letra b, del Convenio de La Haya de 1980, *no denegará la restitución del menor* si la parte que solicita la restitución del menor demuestra al órgano jurisdiccional, o si consta de otro modo al órgano jurisdiccional, que se ha dispuesto lo necesario para garantizar la protección del menor tras su restitución".

En líneas generales, las opiniones a la nueva redacción del precepto han sido positivas respecto de la redacción anterior[74]: aísla de forma mucho más expresa la excepción al retorno frente a la que opera el precepto, al referirse a que es aplicable *únicamente* sobre el artículo 13.1 b); determina quién tiene la carga de probar la existencia de tales medidas que garantizan el retorno seguro; o en el apartado

[73] Se ha escrito mucho respecto de la redacción, la poca operatividad en la práctica y las deficiencias que presentaba el citado artículo, *vid*., HONORATI, C: "Il retorno del minore sottratto e il rischo grave di preguizio…", *op. cit*., p. 817.

[74] Véase en general: FORCADA MIRANDA, F.J: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Ed. Sepin, 2020. CALZADO LLAMAS, A.J: *La sustracción internacional de menores en el Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC*, Ed. Aranzadi, 2023, pp. 271-280. GONZÁLEZ MARIMÓN, M: *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 220-234. LORENTE MARTÍNEZ, I: "Artículo 27", *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*, (dir. E. Castellanos Ruiz), Ed. Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 409-410. KRUGER, T: "Article 27. Procedure for the return of a child", *Jurisdiction, recognition and enforcement in matrimonial and parental responsibility matters. A Commentary on Regulation 2019/1111 (Brussels II b)*, Elgar Commentaries in Private International Law, 2023, pp. 276-288. REIG FABADO, I: "Artículo 27", *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores* (dir. Guillermo Palao), Ed. Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 305-316, en espec. p. 308 y pp. 311-314. PRETELLI, I: "Provisional Measures in Family Law and the Brussels II Ter Regulation", *Yearbook of Private International Law,* vol. 20, 2018/2019, pp. 113-148. Si bien, su implementación en la práctica no deja de plantear dudas en torno a su eficacia, *vid.*, CARRILLO DEL POZO, L: "Sustracción internacional de menores en la encrucijada", *op. cit*., p. 27, nota al pie núm., 24.

cuarto del artículo 27 se fomenta la comunicación de las autoridades competentes entre los Estados miembros bien directamente bien a través de las autoridades centrales.

A pesar de la mejora, aún quedan aspectos abiertos: por ejemplo, si las medidas necesarias han tenido que ser ya dispuestas por las autoridades de la residencia habitual del menor -como indica el precepto- o si éstas podrán adoptarse tras la restitución-como se indica al final del considerando 46[75]-; o si la autoridad del Estado de refugio tiene un poder de apreciación para evaluar que las medidas adoptadas son las necesarias para garantizar la protección del menor[76].

35. Pero desde nuestra perspectiva lo más interesante es determinar cuál es la relación entre la excepción de grave riesgo y la noción de retorno seguro desde un doble plano: si el tribunal tiene que estar plenamente convencido de la concurrencia del grave riesgo que se requiere para la aplicación del artículo 13. 1 b) o, por el contrario, su alegación por la parte que pretende la no devolución y la posibilidad de un riesgo potencial si se produce el retorno del menor cumple las condiciones para la aplicación del precepto; en segundo lugar, si el tribunal está obligado a considerar estas medidas o, por el contrario, no recae dicha obligación.

36. Con relación al primer plano de análisis referido en el párrafo anterior, resulta de interés práctico el distinto posicionamiento que ha tenido la AP de Barcelona en su misma Sección 18ª a la hora de valorar la relación entre la excepción de grave riesgo y las medidas adecuadas de protección que aseguran un retorno seguro del menor al Estado de su residencia habitual:

En primer lugar, en la decisión adoptada en Sentencia núm. 785/2017 de 3 de octubre de 2017[77], la AP descarta la concurrencia de grave riesgo conforme al artículo 13. 1 b) del Convenio de La Haya de 1980 y en base a ello establece de forma textual: “No es preciso para acordar la restitución que el Estado de la

[75] En el citado considerando se establece: “Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de cualquier medida o resolución que *el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor pueda dictar tras su restitución*” (la cursiva es nuestra).
[76] Hay autores que consideran que son las autoridades del Estado de origen quienes tienen que evaluar que las medidas son adecuadas. Esta postura descansa en principios como la confianza mutua entre las autoridades de los Estados miembros, así como en el espíritu del Reglamento. Sobre la interpretación de este aspecto hay quien entiende necesaria una decisión del TJUE que interprete el precepto (art. 11.4 del Reglamento Bruselas II bis, actual artículo 27.3 del Reglamento 2019/1111), *vid*., CHALAS, C: “Les measures de protection de l’enfant illicitament déplacé et le risqué grave de danger…”, *op. cit*., pp. 82-83. Ahora bien, hay que recordar la jurisprudencia del TEDH respecto del retorno seguro y la adopción de medidas que garanticen el respeto a los derechos del menor, [(*vid., infra*., epígrafe II apartado 1, letra A) y B)]
[77] ECLI:ES:APB:2017:10784.

residencia habitual del menor haya adoptado medidas de protección a las que se refiere el art. 11.4 del Reglamento*. Dicha previsión tiene como finalidad restringir todavía más la excepción del Convenio de La Haya dentro de los Estados miembros de la Unión Europea en cuanto permite acordar la restitución del menor en aquellos supuestos en los que se aprecie la concurrencia de la excepción del art. 13 b) del CH si el Estado requirente ha adoptado medidas de protección*".

Por tanto, conforme a esta decisión el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis entra en funcionamiento cuando la excepción de grave riesgo, alegado por la parte que se opone a la devolución del menor, se confirma por la autoridad competente. En este caso el precepto cumpliría con el fin para el que fue establecido: disminución, en los supuestos intra-Unión Europea, de la aplicación de la excepción al retorno contenida en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980. Por tanto, en caso de verificar el grave riesgo, el tribunal tendría que considerar tales medidas, otra cosa es que en uso de su discrecionalidad las aprecie adecuadas y suficientes para adoptar una decisión de restitución del menor entendiendo que se produce un retorno seguro; pero, también, si la concurrencia de grave riesgo no se aprecia el menor tendrá que ser devuelto, sin tener la autoridad del Estado de refugio que considerar las medidas de protección del artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis.

37. En segundo lugar, la misma Sección 18ª de la AP de Barcelona en Sentencia núm. 126/2023 de 7 de marzo, aplica las previsiones del Reglamento 2019/1111 para resolver un supuesto de sustracción de una menor, de nacionalidad ucraniana, por la progenitora desde Alemania a España. La Audiencia descarta de forma categórica la alegación de grave riesgo contenida en el artículo 13.1 b) que la madre alega en el marco del proceso de restitución[78].

A pesar de su decisión y, de que, por tanto, no podría considerar la denegación de la devolución del menor, el Tribunal entra a analizar otros extremos, como la situación de guerra, así como estatuto de refugiadas de la madre y de la hija, aspectos que, como el Tribunal indica, no son el sentido del precepto -se refiere a la excepción- y, sin embargo, es lo que lleva a la autoridad española a plantearse si se han adoptado por las autoridades de la residencia del menor medidas que protejan a la madre y a la niña, citando como base para ello el artículo 27.3 del Reglamento. Incluso tras confirmar la inexistencia de tales medidas que tendrían que haber sido adoptadas por las autoridades de la residencia habitual de la menor, el Tribunal va un paso más

[78] La Audiencia sostiene: "No se ha probado la violencia familiar, ni el riesgo grave físico o psíquico para el menor. El resultado de los interrogatorios no es decisivo (cada parte defiende su versión de los hechos) y los correos no demuestran, en absoluto, malos tratos, amenazadas o insultos. No hay denuncias, ni certificados médicos de lesiones, ni actuaciones penales".

y se cuestiona, como veremos más adelante, la adopción de medidas cautelares en el marco del artículo 27.5 del Reglamento 2019/1111 (*vid., infra.,* apartado 2).

38. La diferencia entre ambas decisiones tratándose de una misma situación en la que el tribunal descarta la existencia de la excepción de grave riesgo para el menor es patente: mientras la primera decisión no encuentra razones para aplicar el apartado 4 del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis y, por tanto, la restitución del menor no queda condicionada a la adopción de medidas de protección por parte de la autoridad del Estado de refugio, en la segunda decisión el Tribunal sí recurre a la aplicación del apartado 3 del artículo 27, aun descartando la existencia de grave riesgo y la cuestión que nos surge es: ¿hay base, en estos casos, para la aplicación de la previsión del artículo 27.3 del Reglamento?[79] ¿O con la idea de retorno seguro se pretende ir más allá?

La Guía Práctica de aplicación del Reglamento Bruselas II ter habla de la aplicación de las previsiones de la tutela cautelar *en caso de que exista el grave riesgo* (…) es más, aclara que en caso de no dictarse estas medidas de otro modo daría lugar a la denegación del retorno; por tanto, la excepción de grave riesgo no solo ha de alegarse, sino que ha de existir prueba sobre la misma que suponga el convencimiento de la autoridad competente.

39. Frente a estas dos decisiones encontramos pronunciamientos como la Sentencia de la AP de Alicante (Sección 6ª) núm. 208/2022 de 7 de septiembre[80]. En este caso la progenitora había desplazado ilícitamente a su hija desde Polonia a España. En el marco del proceso de devolución la demandada se opone al retorno, en aplicación del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980, alegando que la menor había sido víctima de abusos sexuales por parte del progenitor y otros episodios de violencia doméstica. La Audiencia en ningún momento descarta la existencia de grave riesgo y, por tanto, aplica la excepción al retorno que alega la demandada, pero conforme a la previsión contenida del artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis y su propósito de limitar la aplicación de las excepciones al retorno, el Tribunal español ordena el retorno de la menor debido a que su bienestar quedaba garantizado por las medidas que habían sido adoptadas por los Tribunales polacos[81].

[79] P. 114.
[80] JUR\2022\327755.
[81] En su FJº tercero establece: "Y en el presente caso, consta que por los tribunales polacos se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor, mediante la adopción de medidas cautelares con el fin de evitar riesgos para la vida y/o integridad de las menores consistentes inicialmente en la prohibición de la comunicación con las menores y la madre, y posteriormente con la posibilidad de comunicación con la menor María Purificación, supervisada y en presencia bien del

40. En sentido similar se pronuncia la Cour de Cassation francesa en las sentencias, una de 8 de julio de 2010[82] y otra de 20 de marzo del 2013[83], en las que la excepción convencional al retorno, una vez acreditada la existencia de grave riesgo queda inoperante frente a la adopción de medidas de protección por parte de las autoridades de la residencia habitual o del Estado de origen.

41. En un reciente pronunciamiento, del 23 de enero de 2024, la Corte Suprema di Cassazione[84] se decanta por un criterio integrador en la aplicación del artículo 13.1 (b) del Convenio de La Haya de 1980 y el artículo 27.3 del Reglamento 2019/1111, afirmando que la aplicación de la citada excepción al retorno debe hacerse a la luz de las previsiones del Reglamento.

Interesan varios aspectos sobre los que se pronuncia la decisión: la Corte descarta que exista una aplicación incorrecta del artículo 27.3 del Reglamento. En el recurso la progenitora que se opone a la restitución alega que no hay pruebas suficientes en torno a las medidas adoptadas en Suecia, Estado de residencia del menor; y, además, que la prueba de las medidas a las que se refiere el artículo 27.3 del Reglamento se ha realizado a iniciativa del Tribunal y no a instancia de parte. Ambos aspectos se descartan por la Corte Suprema di Cassazione. El Tribunal entiende que las autoridades suecas tienen los medios suficientes y se han adoptado las medidas para garantizar el interés del menor y evitar el peligro y su actuación ha estado en los márgenes que le permite su normativa interna.

Por tanto, la decisión de la Corte Suprema di Cassazione conlleva la interpretación de la excepción del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980 a la luz de las previsiones del artículo 27.3 del Reglamento 2019/1111.

42. En definitiva, en estas últimas decisiones la aplicación del artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis, así como en su caso del artículo 27.3 del Reglamento 2019/1111, queda subordinada a la constatación de la excepción de grave riesgo, lo que conduce en estos casos a que la excepción al retorno convencional del artículo 13.1 b) se anule por la previsión europea[85].

---

curador judicial designado, bien de la madre de la menor. Siendo las medidas de protección adoptadas suficientes para salvaguardar la integridad de las menores, sin perjuicio de otras que pudieran ser adoptadas en los procedimientos abiertos ante los tribunales polacos".

[82] Civ. 1er, 8 juill, 2010, nº 09-66.406.

[83] ECLI:FR:CCASS:2013:C100315.

[84] Corte Suprema de Cassazione Prima Sezione Civile de 24/1/2024. Puede consultarse en: http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2024/03/3071.pdf

[85] No en todos supuestos se anula la excepción de grave riesgo, la Cour de Cassation, en Sentencia de 14 de octubre del 2021, en un supuesto para el que queda probada la concurrencia de la

2. Intervención de las autoridades del Estado de la sustracción: el nuevo artículo 27.5 del Reglamento 2019/1111

43. Pero si hay una novedad de mucha más envergadura en lo que se refiere al régimen de medidas provisionales incluidas las cautelares es la previsión del artículo 27.5 del Reglamento 2019/1111 donde se establece:

"Cuando ordene la restitución del menor, el órgano jurisdiccional *podrá*, en su caso, dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares, de conformidad con el artículo 15 del presente Reglamento a fin de proteger al menor del riesgo mencionado en el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980, siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución".

44. La redacción del precepto es poco clara, desde nuestra perspectiva. El propósito de limitar la aplicación de la excepción de grave riesgo en el sistema Bruselas lleva a permitir de forma excepcional la circulación de las medidas provisionales[86], incluidas las cautelares, adoptadas por una autoridad que no es competente para conocer del fondo del asunto y que, en consecuencia, deberá de ostentar una competencia muy estricta a la hora de aplicar la citada previsión.

45. Por tanto, la aplicación del artículo 27.5 está condicionada: (1º) a la concurrencia de las circunstancias que establece el artículo 15 para ser aplicable y, por tanto, servir de base a la competencia judicial internacional de la autoridad que dicta las medidas; (2º) a que se produzca el grave riesgo que se recoge en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980[87]; (3º) por último, el estudio y la adopción de las medidas no pueden suponer una dilatación del procedimiento.

---

excepción de grave riesgo, el Tribunal desestima el recurso interpuesto por el progenitor ante la decisión de no retorno, dado que no queda acreditado la existencia de medidas de protección adecuadas para garantizar el retorno seguro de tres menores a Portugal desplazados por su madre a Francia. El Tribunal galo, afirma que las autoridades del Estado de refugio, en este caso las francesas, no tienen la obligación de cuestionar a las autoridades de la residencia habitual del menor sobre la adecuación de las medidas para la protección de los menores tras su devolución, siendo estas últimas las únicas competentes para valorarlas.

[86] Remarca la idea de excepción del mecanismo de este precepto en un trabajo esencial para profundizar en el doble sistema de reconocimiento del texto, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.ª A: "Supresión de exequatur y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental: la conveniencia de dos soluciones en el Reglamento 2019/1111", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 74/2, pp. 349-383, p. 354.

[87] El Considerando número 30 establece: "El presente Reglamento no debe impedir que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que no sean competentes para conocer del fondo del asunto adopten en caso de urgencia medidas provisionales, incluidas las cautelares, por lo que se refiere a la

46. Se trata de un precepto trasversal sobre el que se fundamenta:

a) *en primer lugar*, la competencia judicial internacional de la autoridad del Estado de refugio;

b) *en segundo lugar*, la eficacia extraterritorial de las medidas en cuanto que la resolución adoptada de devolución en la que se incluyen las medidas provisionales será reconocida en los demás Estados miembros asegurando, por tanto, la eficacia extraterritorial de tales medidas (artículo 2.1.b) [88]. Para ello junto con la decisión se presentará el certificado contenido en el Anexo IV del texto cuya expedición por la autoridad de refugio se hará a instancia de parte[89];

c) *en tercer lugar*, se trata de un precepto que además fomenta la cooperación entre autoridades del Estado de refugio, sobre las que recae la mayor responsabilidad, y las autoridades de la residencia habitual del menor[90].

---

persona o a los bienes de un menor que se encuentre en ese Estado miembro. Dichas medidas no deben ser reconocidas ni ejecutadas en ningún otro Estado miembro en virtud del presente Reglamento, *excepto las medidas adoptadas para proteger al menor de un grave riesgo a que hace referencia el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980 (…)*" (la cursiva es nuestra).
En la Guía de Buenas Prácticas, cuando se detiene en la evaluación de grave riesgo, analiza varios pasos para el tribunal que ha decidir: 1º) estudio de la existencia de alegaciones concretas con detalle y contundencia por quien se opone a la devolución y no solo generales o poco específicas; 2º) superado el primer paso, el tribunal analizará las pruebas para determinar si existe grave riesgo teniendo en cuenta las medidas disponibles en el Estado de la residencia habitual, lo que supondría: "aun cuando el tribunal determine que existen pruebas o información suficientes que demuestran que existen elementos de daño potencial o que harían que una situación fuera intolerable, debe, sin embargo, tener debidamente en cuenta las circunstancias como un todo, incluso si se encuentran disponibles o deben de adoptarse las medidas de protección adecuadas para proteger al niño de tal grave riesgo de daño o situación intolerable", *vid.*, *Guía de Buenas Prácticas Parte VI artículo 13. 1 (b)*, párrafos 40 y 41.

[88] Sobre la ampliación del término resolución *vid.*, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ M.ª A: "Supresión de exequatur y ejecución de resoluciones…", *op. cit*., p. 353.

[89] Los profesores LUIS CARRILLO DEL POZO/ M.ª ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ indican que el certificado se puede solicitar en cualquier momento con el límite de la caducidad de la decisión, CARRILLO DEL POZO, L: *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Ed., Tirant Lo Blanch, 2021, p. 225, en esp., nota al pie núm., 462; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ , M.ª A: "Supresión de exequatur y ejecución de resoluciones…", *op. cit*., p. 357.

[90] *Vid*., GONZÁLEZ BEILFFUS, C: "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111", *Relaciones transfronterizas globalización y Derecho. Homenaje al profesor Fernández Rozas*, 1ª edición, enero 2020, pp. 383-398, donde la autora afirma: "Se persigue, de hecho, incrementar las tasas de retorno sin renunciar a la seguridad. De ahí que se aconseje que la autoridad que adopte medidas de protección que acompañen a una orden de retorno, informe a la autoridad competente en cuanto al fondo, bien directamente, bien a través de las autoridades centrales. No se trata, sin

La previsión del artículo 27.5 del Reglamento supone en el sistema una verdadera excepción y, por tanto, así tiene que ser tratada. La excepcionalidad se extiende a la posible circulación, por tanto, también a su adopción, es decir, las medidas tienen que corresponderse con una verdadera situación de grave riesgo en el marco del artículo 13.1 b).

47. Si volvemos a la idea que vertebra este trabajo, la construcción de la relación entre la excepción de grave riesgo con la noción de retorno seguro, en el supuesto del artículo 27.5, la vinculación entre ambos aspectos, o incluso su subordinación, es más que evidente. Así, comenzando por los requisitos a los que se condicionada la aplicación del artículo 15, la competencia judicial internacional de la autoridad del Estado al que el menor fue desplazado queda subordinada, además de a la presencia del menor en el territorio, a la provisionalidad de las medidas en el requisito de la urgencia, aspecto este último sobre el que nos detenemos.

En relación al carácter urgente, lo cierto es que, a pesar de que el TJUE se ha pronunciado sobre los elementos que han de concurrir para que se dé la urgencia, el Reglamento 2019/1111 no los ha recogido en su articulado[91]. En los supuestos de sustracción internacional de menores y, en particular, en los casos previstos en el marco del artículo 27.5 la urgencia se produce cuando el retorno conlleva exponer al menor a la situación de grave riesgo recogida en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980[92]; en consecuencia, la condición necesaria de urgencia, en el marco del proceso de restitución, supone la existencia de la prueba objetiva de grave riesgo, de manera que no será suficiente sólo con la alegación por la parte que se opone a la restitución del grave riesgo ni la existencia de un eventual riesgo. Es más,

---

embargo, de una obligación legal sino de una "buena práctica". La falta de comunicación no puede, en ningún caso, ser causa de denegación del reconocimiento".
En relación al mecanismo de cooperación en el marco del Reglamento 2019/1111 *vid*., DIAGO, P: "Artículo 81. Aplicación de resoluciones de responsabilidad parental en otro Estado miembro", *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores* (dir. Guillermo Palao), Ed. Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 660-664. HERRANZ BALLESTEROS, M: ""Artículo 81. Aplicación de resoluciones en materia de responsabilidad parental en otro Estado miembro", *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*, (dir. E. Castellanos Ruiz) Ed. Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 617-619.

[91] Sobre el carácter urgente de la situación en la jurisprudencia del TJUE, *vid*., HERRANZ BALLESTEROS, M: "El Reglamento UE 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracciones internacional de menores (versión refundida): principales novedades", *Revista Española de derecho Internacional*, Vol. 73/2, pp. 229-260 en esp., pp. 243-244.

[92] Coincidimos con la opinión de ANTONIO CALZADO LLAMAS en este sentido, *vid*., "Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores. Análisis del Reglamento UE 2019/1111 en su conexión con el ordenamiento jurídico español", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* marzo 2021, Vol. 13, Nº 1, pp. 87-109, p. 94.

la vinculación entre las medidas y el grave riesgo está en el propio texto del articulado, y así se confirma en considerandos como el número 46 donde se afirma:

"Si fuera apropiado, cuando ordene la restitución del menor, debe ser posible para el órgano jurisdiccional dictar las medidas provisionales, incluidas medidas cautelares con arreglo al presente Reglamento, que estime necesarias a fin de proteger al menor del grave riesgo de daño físico o psíquico que pueda suponer la restitución y que, *de otro modo, daría lugar a la denegación de la restitución* (…)" (la cursiva es nuestra). Es decir, estas medidas obedecen a la situación de grave riesgo, y si éstas no se dictaran la excepción del artículo 13.1 b) sería operativa por lo que la autoridad competente podría decidir no restituir al menor.

48. Teniendo en cuenta lo dicho, si volvemos a releer la decisión, ya citada, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 7 de marzo del 2023, en la que el Tribunal descarta la concurrencia de la excepción de grave riesgo recogida en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980[93], pero a pesar de ello justifica la adopción de medidas provisionales en el artículo 27.5:

"En interés de la menor y al amparo del art. 27.5 que se remite al art. 15 del Reglamento acordamos que, hasta tanto no resuelva el Tribunal competente: a) el retorno será debiendo acompañar a la menor Francisca su madre Dª Emma, para lo que se le concede el plazo de 15 días a partir de la fecha en que el padre comunique la disponibilidad de vivienda para la hija y la madre; b) el Sr. Tomás deberá proveer previamente, y en el plazo de 15 días a partir de la fecha de esta Sentencia, de alojamiento de la hija, con la madre y en su caso con el hermano, facilitando una vivienda independiente; c) el padre abonará cada mes, en concepto de alimentos para la hija y de ayuda a la esposa como cuidadora, mientras el juez alemán no disponga otra cosa, la cantidad de 1.000 euros al mes, a partir de la fecha de esta resolución, con las habituales prevenciones de pago adelantado (en los 5 primeros días de cada mes) y actualización (según IPC), ingreso a realizar en la cuenta que designe la madre en término de 3 días y en otro caso por giro postal a su domicilio (con un máximo de dos meses, antes del regreso a Alemania); d) si en 15 días la esposa no regresa con la hija a Offenbach am Main, el padre podrá recoger a la menor de su domicilio, acordándolo el Juzgado, con auxilio de la fuerza pública y trasladarla a Alemania; e) Se pondrá en conocimiento de Cruz Roja Internacional (Servicio Social Internacional) y de Policía Nacional de inmediato la situación de madre e hija, para su seguimiento y evitación de una eventual nueva huida, manteniendo la retención del pasaporte de la menor acordada por el juez de Badalona hasta el retorno; f) el padre podrá ver a la menor dos horas a la semana, de momento, con intervención de un servicio público de supervisión, a cuyo efecto

[93] La cursiva es nuestra. Véase sobre este aspecto la referencia recogida en la nota al pie núm., 78.

se solicita, al amparo del art. 81 del Reglamento, la colaboración del tribunal alemán".

Aunque podamos estar de acuerdo con el fin protector que pretende cumplir la Audiencia Provincial en su decisión, su lectura a la luz de las revisiones del Reglamento nos plantea las siguientes dudas:

Primera cuestión, ¿puede el tribunal del Estado miembro de la sustracción aplicar el artículo 27.5 que remite al artículo 15, como norma que fundamenta su competencia judicial internacional, cuando no queda probada la existencia de grave riesgo del artículo 13. 1 b) del Convenio de La Haya de 1980, descartándose de forma expresa por el tribunal, como sucede en el supuesto de la Audiencia Provincial de Barcelona?

Segunda cuestión, a la hora de la eficacia transfronteriza de las medidas provisionales, incluidas las cautelares, o de que estas medidas viajen con el menor al territorio del Estado miembro de su residencia habitual, ¿están comprendidas en el término resolución que recoge el artículo 2.1 b) a los efectos del Capítulo IV? Por tanto, ¿se podrán beneficiar dichas medidas del procedimiento previsto en el mencionado Capítulo IV?

En relación a los documentos que se tienen que presentar para la ejecución, el artículo 35.2 del Reglamento 2019/1111 requiere a la parte que solicite la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro que ordene una medida provisional, incluida una medida cautelar: a) una copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad; b) el certificado apropiado expedido con arreglo al artículo 36 que ateste que la resolución es ejecutiva en el Estado miembro de origen y que el órgano jurisdiccional de origen: ii) ha ordenado dichas medidas con arreglo al artículo 27, apartado 5, en relación con el artículo 15.

El certificado está contenido en el Anexo IV del Reglamento 2019/1111, si atendemos a la información necesaria para su expedición por parte de la autoridad del Estado de refugio, el punto 9 requiere que la autoridad competente rellene marcando un sí o un no a la siguiente casilla:

"La resolución incluye medidas provisionales, incluidas las cautelares basadas en el artículo 27.5 del Reglamento y destinadas a proteger al menor del grave riesgo a que se refiere el artículo 13, párrafo 1 letra b) del Convenio de La Haya de 1980".

En consecuencia, la concurrencia del grave riesgo conforme al artículo 13.1 b) tiene que cumplirse porque las medidas protegerán al menor de ese grave riesgo; en caso de no existir prueba objetiva del mismo no podrían adoptarse tales medidas y

tampoco expedirse el mencionado certificado[94]. Lo anterior supone que si se dictaran su circulación podría verse obstaculizada todo ello tras la restitución que se habrá producido del menor al Estado de su residencia habitual (salvo que la devolución se condicione también al reconocimiento de las medidas).

Ahora bien, en este sentido vemos muy difícil que la autoridad del Estado de refugio, que en estas circunstancias emplea el artículo 27.5 para dictar medidas provisionales incluidas las cautelares, posteriormente no vaya a emitir el certificado. Contra el certificado expedido por la misma autoridad que ha dictado la restitución y las medidas adoptadas no se prevé recurso, solo una rectificación por un error material entre el mismo y la decisión ejecutiva (artículo 37). A diferencia del caso de las resoluciones privilegiadas, en este caso no cabe la revocación del certificado que se hubiera expedido indebidamente.

49. Desde nuestra opinión, en el marco del modelo de la Unión Europea la condición de la efectiva configuración de la excepción de grave riesgo que tiene que apreciar el tribunal del Estado de refugio es un elemento decisivo para la aplicación del artículo 27.5 del Reglamento 2019/1111. Por tanto, si el tribunal que decide sobre la devolución entiende que no concurre la excepción del Convenio de La Haya de 1980 y, a pesar de ello, adopta medidas provisionales, incluidas las cautelares, estas podrían ver obstaculizada su circulación conforme a las previsiones del Reglamento dado que no cumplirán ni los requisitos que se prevén para formar parte del término resolución del artículo 2.1 letra b) del citado instrumento, ni el requisito que hemos analizado para poder expedirse el certificado necesario para su circulación, aunque a pesar de ello como hemos advertido vemos difícil que en la práctica no se emita y, además, frente al mismo solo cabe la posibilidad de pedir una rectificación por un error material.

IV. Conclusiones

50. Es importante destacar el valor de las Comisiones de seguimiento de los Convenios de la Conferencia de La Haya y, en particular, en este caso la 8ª Comisión en la que se han vuelto a poner de relieve las fortalezas y debilidades de los Convenios de 1980 y 1996 confrontando su reglamentación con el contexto social actual y cambiante en el que se proyecta su aplicación.

[94] Se ha criticado por la doctrina española que para el caso español como autoridades competentes para la emisión del certificado del Anexo IV se haya contemplado entre, otras autoridades, al Letrado de la Administración dado que para su emisión es necesario realizar comprobaciones que son propias del control jurisdiccional lo que lleva a que tenga que ser el juez quien decida si certifica o no la decisión, *vid.*, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.ª A: "Supresión del exequátur…", *op. cit.,* p. 357, véase en especial las distintas posiciones en la nota al pie núm., 25.

De los datos extraídos en este trabajo hemos elegido la importancia que de nuevo alcanza la excepción de grave riesgo contenida en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980 en el engranaje convencional. Así, frente a la leve disminución de los supuestos en los que se solicita la restitución, se duplica, sin embargo, el número de casos en los que se recurre a esta excepción a la devolución.

Teniendo en cuenta la información, hemos querido analizar el juego conjunto de la mencionada excepción con la idea de retorno seguro del menor concluyendo con las siguientes ideas:

51. *Primera*, a pesar de que el Convenio de La Haya de 1980 no se refiere de forma expresa a la noción de retorno seguro ni, en su caso, a la adopción de medidas de protección, hay breves referencias en el texto dirigidas principalmente a las Autoridades centrales como parte de las tareas que asumen en el marco del Convenio. Además, la noción de retorno seguro ha estado presente y ha ido consolidándose a través de las diferentes Comisiones de seguimiento del texto.

52. *Segunda*, aunque, como hemos indicado, la noción de retorno seguro no está recogida de forma expresa en el texto, la interpretación y aplicación del Convenio de La Haya de 1980 ha de hacerse conforme: tanto a los textos generales de protección internacional de los Derechos humanos, como a los textos particulares de protección de los Derechos de los menores, de manera que, a través de la jurisprudencia analizada del TEDH y las decisiones del Comité de los Derechos del Niño, se ha demostrado el impacto de la noción de retorno seguro en los procesos de devolución donde está presente la excepción de grave riesgo del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980.

53. *Tercera*, a través de la jurisprudencia nacional se ponen de relieve las divergencias en la aplicación práctica del juego conjunto de la excepción de grave riesgo y el retorno seguro. Ejemplo de lo anterior ha sido el caso *Golan v. Saada*, donde el Tribunal Supremo estadounidense ha unificado los criterios divergentes seguidos entre los distintos Circuitos estableciendo que la autoridad que decide sobre la restitución no está obligada a considerar las medidas de protección que podrían suponer un retorno seguro del menor a la hora de aplicar la excepción de grave riesgo. La consideración de las medidas, lejos de ser una obligación, queda dentro del margen de discrecionalidad que tiene la autoridad que ha de decidir sobre el retorno. Eso sí, en caso de que la autoridad decida considerar tales medidas, tiene la guía propuesta por el Tribunal Supremo para su apreciación.

54. *Cuarta*, los Estados que forman parte del Convenio de La Haya de 1996 pueden, en base al artículo 11, adoptar las medidas que, conforme a su criterio, garanticen el retorno seguro del menor, asegurando su eficacia conforme a las disposiciones

contenidas en el texto. La jurisprudencia, como hemos podido analizar, ha puesto en práctica en bastantes ocasiones las previsiones convencionales al respecto adoptando medidas como: aseguramiento de que el menor continua bajo la guarda de la progenitora; alejamiento del progenitor respecto de la menor, así como de la progenitora; prohibición de todo contacto directo del progenitor con el menor, así como con la madre; contacto entre el progenitor y el menor únicamente por video llamadas así como por otros medios; uso del domicilio familiar por la progenitora que retorna al Estado de la residencia habitual junto el menor[95];

55. *Quinta*, en el estado de desarrollo de la jurisprudencia entendemos que la noción de retorno seguro supera los supuestos en los que concurre la excepción de grave riesgo del artículo 13.1 letra b) del Convenio de La Haya de 1980.

Lo anterior puede plantear alguna duda en torno al encaje de tales supuestos en el marco no solo del Reglamento Bruselas II bis sino, ahora en mayor medida, en el Reglamento 2019/1111, en particular en la excepción y novedad que supone la previsión del artículo 27.5.

De manera que, aunque la letra del precepto, así como los considerandos que lo explican o la propia Guía de aplicación práctica del Reglamento, vinculan de forma inexorable, incluso subordinan, la noción de retorno seguro a la excepción del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980, las autoridades del Estado de refugio recurren a la garantía de seguridad tras el retorno para supuestos de riesgos potenciales, es decir, en situaciones en las que:

- o bien de forma manifiesta no se ha alcanzado el nivel de gravedad que requiere el riesgo al que se refiere artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980 para ser aplicado como excepción;

- o bien en casos en los que: ya sea por los rasgos especiales que tienen los procesos de retorno, fundamentalmente compelidos por la rapidez o celeridad; ya sea por los caracteres también muy concretos que presentan ciertas situaciones en las que se ha demostrado su difícil prueba -por ejemplo, supuestos de violencia doméstica incluso de abusos-, no concurre, o no se ha probado -no existe prueba objetiva- la excepción de grave riesgo.

[95] A modo de ejemplo la AP de Barcelona (Sección 18ª) en Sentencia de 15/05/2022, adopta las siguientes medidas de protección al amparo del artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996 hasta que la autoridad competente resuelva sobre dichas medidas y que protejan a la menor de un riesgo potencial, ECLI:ES:APB:2022: 7839. En SAP de Lérida de 16/08/2017, se trató un reconocimiento en España de medidas adoptadas por la autoridad competente uruguaya y a las que se somete el retorno de la menor a España. Estas medidas se toman a la espera de que las autoridades españolas decidan las medidas exigidas por la situación, ECLI:ES:APL:2017:382A.

En el caso de las decisiones judiciales apuntadas el artículo 27.5 por ejemplo, resultaría inaplicable. Y aunque el tribunal del Estado de refugio adoptara medidas provisionales, incluidas las cautelares, su circulación podría quedar comprometida en el Estado miembro de la residencia del menor conforme, como hemos visto, a las previsiones del Capítulo IV del Reglamento, y ello teniendo en cuenta que el menor podría haber sido ya devuelto al citado Estado.

Quizá, no esté demás una eventual aclaración por parte del TJUE en torno al ámbito de la aplicación de este precepto con objeto de otorgar una interpretación uniforme para los futuros casos que se producirán en la práctica judicial comparada.

Bibliografía

BARTOLINI, S: *Mutual trust through the looking glass: The protection of children's fundamental rights in EU return proceedings* (Oñati Socio-Legal Series) 2022.

BUCHER, A: "Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille", *Swiss Review of International and European Law*, Nº 32, 2022, p. 248.

CAAMIÑA, C: "Grave riesgo de daño físico o síquico o situación intolerable en los casos de sustracción internacional de menores", *El Derecho de familia internacional del Siglo XXI en la práctica judicial*, (dir. A.L Calvo Caravaca*/* Javier Carrascosa) Cizur, 2022, pp. 58-69.

CALZADO LLAMAS, A.J: *La sustracción internacional de menores en el Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC*, Ed. Aranzadi, 2023.

"Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores. Análisis del Reglamento UE 2019/1111 en su conexión con el ordenamiento jurídico español", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* marzo 2021, Vol. 13, Nº 1, pp. 87-109.

CARRILLO DEL POZO, L: "Sustracción internacional de menores en la encrucijada", *Protección de menores y discapacitados*, (dir., Mónica Herranz/Nayiber Febles), Ed. Colex, 2023, pp. 19-53.

Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional, Ed. Tirant Lo Blanch, 2021.

CELIS, M: *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, doctrinal y crítico del Convenio de La Haya de 1980. Aspectos clave y solución de problemas*, Dykinson, 2023.

"Golan V. Saada- a case on HCCH Child Abduction Convention: the opinion of Supreme Court is now available", https://conflictoflaws.net/2022/golan-v-saada-a-case-on-the-hcch-child-abduction-convention-the-opinion-of-the-us-supreme-court-is-now-available/

CHALAS, C: "Les measures de protection de l'enfant illicitament déplacé et le risqué grave de danger: comparaison de l'office de juges américains et européenns. Supreme Court of the United States, 15 juin, 2022, Golan v. Saada, 596 U.S. (2022)", *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 67-84.

DIAGO, P: "Artículo 81. Aplicación de resoluciones de responsabilidad parental en otro Estado miembro", *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores* (dir. Guillermo Palao), Ed. Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 660-664.

ESPINOSA, R: "Sorority, equality and European Private International Law", *Freedom, Security Justice*, *European Legal Studies*, 2023, nº1, pp. 113-132

FORCADA MIRANDA, F.J: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Ed. Sepin, 2020.

GLASS, P: "Blondin v. Dubois: A Closer Step to Safeguarding the Welfare of Abducting Children", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 26, Issue 2, pp. 723-763.

GONZÁLEZ BEILFFUS, C: "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111", *Relaciones transfronterizas globalización y Derecho. Homenaje al profesor Fernández Rozas*, 1ª edición, enero 2020, pp. 383-398.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M: *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2023.

Guía Práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis, Comisión Europea, 2015.

HERRANZ BALLESTEROS, M: "El Reglamento UE 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracciones internacional de menores (versión refundida): principales novedades", *Revista Española de derecho Internacional*, Vol. 73/2, pp. 229-260.

> "Artículo 81. Aplicación de resoluciones en materia de responsabilidad parental en otro Estado miembro", *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*, (dir. E. Castellanos Ruiz) Ed. Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 617-619.

HONORATI, C:/ CORNELOUP, S:/ HERRANZ BALLESTEROS, M:/ ZUPAN, M: *EAPIL - Position Paper on the Need and Role of Protective Measures in Abduction Proceedings*. Info. Doc. Nº. 18 de octubre del 2023.

HONORATI, C: "Protecting Mothers against Domestic Violence in the Context of International Child Abduction: Between Golan v Saada and Brussels II-ter EU Regulation", *Laws* 2023, 12, 79.

> "Il retorno del minore sottratto e il rischo grave di preguizio ai sensi dell'art. 13 par. 1lett. B. della convenzione dell'Aja del 1980", *Rivista di dirrito internazionale privato e processuale* 4/2020, pp. 797-916.

KRUGER, T: "Article 27. Procedure for the return of a child", *Jurisdiction, recognition and enforcement in matrimonial and parental responsibility matters. A Commentary on Regulation 2019/1111 (Brussels II b)*, Elgar Commentaries in Private International Law, 2023, pp. 276-288.

LAGARDE, P: *Informe Explicativo del Convenio 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 medidas de protección de los niños.*

LORENTE MARTÍNEZ, I: "Artículo 27", *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*, (dir. E. Castellanos Ruiz) Ed. Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 409-410.

LOWE, N./ STEPHENS, V: *Global Report – Statistical study of applications made in 2021 under the 1980 Child Abduction Convention*, Prel. Doc. No 19A of September 2023.

MOMOH, O: "The Need for Cross-border Protective Measures in Return Proceedings", (K. Trimmings, A. Dutta, C. Honorati, M. Zupan (eds), *Domestic Violence and Parental Child Abduction* (Intersentia: 2022).

MUSSEVA, B: *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter, Comisión Europea*, 2023.

NELSON, S.C: "Turning our backs on the children: implications of recent decisions regarding The Hague Convention on International Child Abduction", *University of Illinois Law Review*, Vol. 2001 Nº2, pp. 669-694.

OTAEGUI AIZPURUA, I: *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los Derechos del menor*, Ed., Aranzadi, 2017.

PÉREZ VERA, E: *Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores.* Boletín del Información, Ministerio de Justicia, Año LIV, Suplemento al núm., 1865, de 15 de marzo de 2000.

PRETELLI, I: "The law applicable to provisional and protective measures with a focus on the EU system of ancillary reliefs", *Yearbook of Private International Law* Vol. 21(2019/2020), pp. 113-148.

REIG FABADO, I: "Violencia de género en la sustracción internacional de menores: ¿Regulación insuficiente, infrautilizada o ambas cosas?", *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, (dir. Ángeles Lara Aguado), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 903-934.

"Artículo 27", *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores* (dir. Guillermo Palao), Ed. Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 305-316.

REQUEJO ISIDRO, M: "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", *AEDIPr,* t. VI, 2006, pp. 179-190.

RODRÍGUEZ PINEAU, E: "La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos entre Bruselas y La Haya", [35] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2018), pp. 1-31.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.ª A: "Supresión de exequatur y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental: la conveniencia de dos soluciones en el Reglamento 2019/1111", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 74/2, pp. 349-383.

RUIZ SUTIL, C: Las *violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del Derecho internacional privado*, Dykinson, 2023.

SKELTON, A: "The CRC perspective in the context if international child abduction and the 1980 Hague Convention", *Research Handbook International Child Abduction The 1980 Hague Convention*, (Edit M. Freeman/ N. Taylor), Elgar, 2023, pp. 279-297.

ŽUPAN, M./ LEDIĆ S./ DRVENTIĆ, M: "Provisional Measures and Child Abduction Proceedings", *Pravni vjesnik* 35 (2019) pp. 9-31.