

# **EL GRAVE RIESGO COMO EXCEPCIÓN A LA RESTITUCIÓN DEL MENOR EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL: CRITERIOS Y DIFICULTADES DE IMPLEMENTACIÓN**

GRADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO. SECCIÓN VIZCAYA.

*Curso 2020/2021*

Autora: Jone Barruetabeña Martínez

Directora: Irene Ayala Cadiñanos

## ÍNDICE

<b>1.</b>	<b>Introducción</b> .....	1
<b>2.</b>	<b>La restitución en casos de sustracción internacional de menores: regulación y procedimiento</b> .....	2
	<b>2.1.</b> La restitución en el Convenio de la Haya de 1980.....	3
	2.1.1. Objeto: restitución inmediata ante un traslado ilícito del menor.....	3
	2.1.2. Acción de restitución.....	4
	2.1.3. Excepciones a la restitución.....	6
	<b>2.2.</b> Reglamento 2201/2003: reconfiguración del sistema de La Haya.....	7
	2.2.1. Acción directa de restitución .....	8
	2.2.2. Mecanismo de prevalencia.....	10
	<b>2.3.</b> Las novedades de la futura regulación de la Unión Europea: Reglamento 2019/1111 .....	11
	2.3.1. Recepción y tramitación de las solicitudes por las autoridades centrales .....	12
	2.3.2. El plazo de las 6 semanas independientes en cada fase.....	12
	2.3.3. Nuevo mecanismo de prevalencia.....	13
<b>3.</b>	<b>Grave riesgo como excepción al retorno del menor: la complejidad de la indefinición</b> .....	14
	<b>3.1.</b> El artículo 13.I.b) del Convenio de la Haya: Aspecto generales.....	14
	3.1.1. La excepción de grave riesgo frente al retorno.....	14
	A. Concepto y alcance.....	14
	B. Evaluación: un enfoque prospectivo caso por caso.....	17
	3.1.2. Motivos alegados en el marco de la excepción: jurisprudencia comparada.....	19
	A. Violencia doméstica .....	19
	B. El riesgo para la salud del niño .....	24
	C. Separación del menor de otros miembros de la familia .....	26
	D. El riesgo asociado a las circunstancias del Estado de residencia habitual .....	30
	3.1.3. Medidas de protección.....	31
	3.1.4. Prueba y tratamiento procesal.....	34
	A. Carga de la prueba.....	34
	B. Importancia del tiempo.....	35
	<b>3.2.</b> Particularidades de la excepción de grave riesgo en el entorno UE: Correcciones del nuevo Reglamento al sistema vigente.....	36
	3.2.1. Las medidas de protección adoptadas en el Estado de residencia habitual del menor como límite a la denegación del retorno.....	36
	3.2.2. Eficacia de las medidas provisionales de los órganos jurisdiccionales del EM donde se encuentra el menor .....	42
	3.2.3. Alcance del mecanismo de prevalencia en relación con la excepción de grave riesgo.....	45
<b>4.</b>	<b>Conclusiones</b> .....	49
<b>5.</b>	<b>Bibliografía y documentación</b> .....	54

## ABREVIATURAS

AP/AAP/SAP	Audiencia Provincial/ Auto de la Audiencia Provincial/Sentencia de la Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CE	Comisión Europea
CLH de 1980	Convenio de La Haya de 1980
CLH de 1996	Convenio de la Haya de 1996
Doc.	Documento
Doc. Cit.	Documento citado
Doc. Prl.	Documento Preliminar
Ed.	Editorial
ed.	Edición
EM/EEMM	Estado miembro/Estados miembro
HCCH	Conferencia de la Haya
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Nº/ núm.	Número
Op. Cit.	Anteriormente citado
p. / pp.	Página/ Páginas
párr. / párrs.	Párrafo/ Párrafos
RB II-bis	Reglamento 2201/2003
ss.	Siguientes
TC/STC	Tribunal Constitucional/Sentencia del Tribunal Constitucional
TEDH/STEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos/ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE/STJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea/ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

## 1. Introducción

La sustracción internacional de menores es el fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción de las disposiciones legales. Esta figura siempre ha estado presente en nuestra sociedad, pero de un tiempo a esta parte se ha acentuado, lo que se puede observar comparando el análisis estadístico sobre la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores llevados a cabo por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en 1999 y 2015. Según estos informes, en 1999 se recibieron 954 peticiones de restitución de menores de 47 Estados diferentes<sup>1</sup>, mientras que en 2015 se recibieron 2.652 solicitudes de retorno de 76 Estados<sup>2</sup>.

En el ámbito del secuestro internacional de menores, con el objetivo de salvaguardar el interés superior del menor, se han ido elaborando instrumentos normativos que persiguen el retorno rápido del niño al Estado de su residencia habitual. Se parte de la premisa general de que ese interés será protegido devolviéndolo a lugar donde éste desarrollaba su vida. Pero caben excepciones a éste retorno.

Una de las excepciones más alegadas para evitar el retorno del menor es la excepción del grave riesgo<sup>3</sup>. Dentro de los motivos o circunstancias alegadas en relación con el grave riesgo que pueden impedir la restitución del menor están el riesgo para la salud del menor, las desventajas económicas y la inestabilidad de los Estados. Pero en las dos últimas décadas se observa un notable incremento de la alegación de violencia doméstica como elemento de riesgo para el menor tras el retorno.

La aplicación de la excepción de grave riesgo causa distintos problemas. La definición genérica recogida en los textos normativos exige una interpretación caso por caso que proporciona casuística muy variada y dificulta una interpretación uniforme. Todo ello, genera cierta inseguridad jurídica en la resolución de estos supuestos y hace

---

<sup>1</sup> ARMSTRONG, Sarah; LOWE, Nigel; MATHIAS Anest, *Statistical Analysis of Applications made in 1999 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction- Part I*, Prel. Doc. N° 3 of November 2001, available in: [www.hcch.net](http://www.hcch.net), p. 4.

<sup>2</sup> LOWE, Nigel; STEHPENS, Victoria, *Statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Prl. Doc. N° 11 A of February 2018, available in: [www.hcch.net](http://www.hcch.net), p. 3.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 15. Establece que el grave riesgo del retorno del menor es el segundo motive por el que se rechaza el retorno del menor.

que nos preguntemos si con la normativa actual es posible la protección del interés superior del menor.

El objeto de este trabajo es realizar un análisis de la aplicación de la excepción de grave riesgo como motivo para denegar la restitución de un menor tras un secuestro internacional, teniendo en cuenta la regulación establecida en los principales instrumentos internacionales en los que es parte España y la problemática que suscita su puesta en práctica.

El trabajo se estructura en dos apartados centrales. En el primero, se presentan los textos normativos más importantes que regulan el procedimiento de restitución en casos de secuestro internacional de menores: el sistema del CLH 1980 y las adaptaciones del mismo introducidas por dos Reglamentos de la UE. El segundo apartado se centra en analizar la regulación de la excepción de grave riesgo en los textos mencionados y los problemas de su aplicación en la práctica.

En la realización de trabajo se han estudiado y analizado artículos y manuales doctrinales relativos al secuestro internacional, la legislación vigente, jurisprudencia nacional e internacional en la materia y documentos de diferentes entidades y organismos, en particular los elaborados en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que suponen una importante información sobre la práctica del Convenio en los diferentes Estados parte.

## **2. La restitución en casos de sustracción internacional de menores: regulación y procedimiento**

Ante una sustracción ilícita, la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia sobre el menor puede llevar a cabo distintas acciones: la acción directa de restitución y/o la vía indirecta: litigación por la custodia en el Estado de la precedente residencia habitual del menor o en el Estado donde el menor se encuentra para obtener una decisión ejecutable que permita la restitución. En este trabajo nos centraremos principalmente en el procedimiento directo de restitución del menor en los diferentes instrumentos normativos aplicables a nivel europeo.

Dentro del Derecho Internacional Privado español, encontramos varios instrumentos normativos, que en base a la cooperación entre autoridades, regulan el procedimiento de

restitución de menores en caso de secuestro internacional. Pero, en el trabajo nos centraremos en los textos normativos con mayor proyección práctica. Por un lado, el Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980<sup>4</sup>, que como veremos más en profundidad es la norma sobre la que giran el resto de instrumentos normativos que regulan el procedimiento de restitución. Por otro, el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental<sup>5</sup>, que es la norma aplicable a la cuestión en la actualidad dentro del ámbito de los secuestros dentro de la Unión Europea. Recientemente, el legislador europeo ha aprobado el Reglamento 2019/1111 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores<sup>6</sup>, que entrará en vigor el 1 de agosto de 2022 como sustituto del anterior Reglamento 2201/2003.

## **2.1. La restitución en el Convenio de la Haya de 1980**

El Convenio de la Haya de 1980 (en adelante CLH 1980) es un convenio *inter partes* basado en la cooperación de los Estados parte. Se considera la piedra angular del procedimiento de restitución en caso de sustracción internacional ya que está exclusivamente centrado en dicha materia y su regulación es tomada como base en los Reglamentos europeos que incluyen normas específicas sobre la sustracción. Por ello, analizaremos esta norma en primer lugar.

### **2.1.1. Objeto: restitución inmediata ante un traslado ilícito del menor**

El CLH 1980 se aplica cuando un menor de 16 años que tiene su residencia habitual (centro social de vida del menor) en un Estado contratante, es trasladado ilícitamente a

---

<sup>4</sup> HCCH. Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de agosto de 1987, núm. 202.

<sup>5</sup> Unión Europea. Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 23 de diciembre de 2003, núm.338.

<sup>6</sup> Unión Europea. Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2 de julio de 2019, núm. 178.

otro Estado parte del Convenio donde el menor no tenga su residencia habitual<sup>7</sup>. El objeto del CLH 1980 es, tal y como indica su art. 1, la restitución inmediata del menor a su residencia habitual cuando ha habido un traslado ilícito, así como velar por los derechos de custodia y visita atribuidos por el ordenamiento del Estado de residencia habitual del menor anterior al traslado.

Se considera que ha habido un traslado ilícito cuando hay una infracción del derecho de custodia, es decir, cuando se infringe el derecho de custodia que existía antes de la sustracción y que se ejercía efectivamente por parte de una persona, institución u organismo competente<sup>8</sup>. A tal efecto, el CLH 1980 entiende como derecho de custodia “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia” (art. 5.a del CLH 1980)<sup>9</sup>.

La regulación del CLH 1980 se centra en el procedimiento de retorno del menor, sin entrar en el fondo del asunto relativo a los derechos de guarda y custodia, derecho de visita, patria potestad y responsabilidad parental. Esta prohibición de entrar en el fondo del asunto aparece recogida en el art. 16 del CH 1980<sup>10</sup>. Con ello, se pretende evitar que el traslado suponga una nueva residencia habitual “provocada” por el sustractor y así proteger la idea de que los litigios sobre la guarda y custodia y sobre las visitas se desarrollen en el país donde el menor tenga su residencia habitual, ya que es en ese país donde las autoridades tienen un acceso directo a los datos de la vida del menor y éstos pueden aplicar soluciones más adecuadas y directas<sup>11</sup>.

### 2.1.2. Acción de restitución

---

<sup>7</sup> Fiscalía General del Estado, *Circular 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, España, 2015, FIS-C-2015-00006, p. 28 y LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón., *El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores*, 1ª ed., Ed. REDUR 13, 2015, p. 92. ISSN 1695-078X

<sup>8</sup> CALVO CARAVACA, A. Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional Privado*. Vol. II. 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, p. 498.

<sup>9</sup> Sobre el particular cabe destacar que, tal y como indica el art. 15 CH 1980, las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante “podrán exigir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acrediten que el traslado o retención del menor era ilícito” antes de ordenar su restitución, siempre y cuando esto sea posible.

<sup>10</sup> El art. 16 CLH 1980 establece que “después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio”. En la misma línea, el art. 19 del CLH 1980 establece que “una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia”.

<sup>11</sup> Fiscalía General del Estado, *doc.cit.*, p. 21.

El Convenio crea una acción directa dirigida a lograr la restitución del menor al país de su residencia habitual de la forma más rápida posible, para que no se consolide una situación ilícita de facto. La regla general al aplicar el CLH 1980 es la restitución del niño, ya que se considera que el retorno de éste a su país de residencia habitual logra cumplir con el interés del menor en la mayoría de los casos.

Para lograr la restitución, cualquier persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá interponer una solicitud de restitución<sup>12</sup> normalmente ante la autoridad central de la residencia habitual del menor<sup>13</sup>. Una vez recibida, la autoridad central trasladará dicha solicitud a la autoridad central del Estado donde se encuentre el niño (art. 9 CLH 1980). Esta última, tomará las medidas que considere oportunas para lograr la restitución voluntaria del menor (art. 10 CLH 1980).

Si a pesar de las medidas adoptadas por la autoridad central no se consigue una restitución voluntaria del menor, se deberá abrir un procedimiento judicial o administrativo para conseguir el retorno del menor. Iniciado el procedimiento de restitución, los jueces actuarán con urgencia y en este sentido, tal y como indica el art. 11 del CLH 1980, si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de 6 semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la autoridad central del Estado requerido, podrá solicitar una declaración sobre las razones de la demora. En la práctica, este plazo de 6 semanas no se suele cumplir, ya que la obtención de la decisión definitiva puede tardar años. La demora en la resolución no tiene consecuencias jurídicas y ello plantea serios problemas, en especial el de la integración del niño en el nuevo medio. Los Reglamentos europeos intentan precisar el plazo de 6 semanas para resolver los procedimientos de restitución y que así el plazo sea más realista y pueda ser cumplido con mayor facilidad<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Tal y como indica el art. 8 del CLH 1980, esta solicitud debe identificar a todas las partes afectadas por la sustracción, los motivos de la solicitud y el lugar al que deba ser restituido el menor (un país).

<sup>13</sup> Pero tanto el art. 8 como el art. 29 CLH 1980 permiten acudir a las autoridades del Estado donde se encuentra el menor para ejercer la acción directa de restitución.

<sup>14</sup> Véase epígrafes 2.2.1.b y 2.3.2.

En el caso de que se llegue a un procedimiento de restitución ante una autoridad judicial o administrativa hay que distinguir dos supuestos teniendo en cuenta cuándo inicie (se solicite la restitución):

- En los casos en los que se inicie el procedimiento de retorno ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido antes de que pase un año desde su traslado, la autoridad competente deberá ordenar<sup>15</sup> la restitución inmediata del menor a su residencia habitual (art. 12 CLH 1980).

Para aplicar esta protección al menor, cada Estado desarrolla su propio procedimiento de carácter urgente. En el caso de España este procedimiento urgente lo encontramos en el cap. IV bis (arts. 778 *bis* a 778 *quater*) LEC y es similar a un juicio verbal.

- En cambio, si se hubiera iniciado el procedimiento pasado más de un año desde el traslado (primer acto infringiendo la custodia), se procederá a la restitución del menor, pero esta restitución no será inmediata.

### 2.1.3. Excepciones a la restitución

Como ya hemos dicho anteriormente, la regla general al analizar un caso de sustracción internacional de menores es acordar la restitución del menor a su residencia habitual, pero esta restitución no es una “restitución de plano”, es decir, que cabe alegar ciertas causas para rechazar el retorno del menor<sup>16</sup>. Estas causas se pueden oponer en cualquiera de los casos contemplados en el art. 12 CLH 1980. Se recogen taxativamente en el CLH y son las siguientes:

- Cuando la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención (art. 13.I.a. CLH 1980).
- Cuando el menor se opone a su restitución, pero siempre que éste haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta su opinión (art. 13.II CLH 1980).

---

<sup>15</sup> En este caso también cabe alegar excepciones.

<sup>16</sup> CALVO CARAVACA, A. Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *op. cit.*, p. 505.

- Cuando hay un grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un daño físico o psíquico serio o cualquier otra situación intolerable (art. 13.I.b CH 1980)<sup>17</sup>.
- En los casos de inicio del procedimiento de retorno pasado más de un año desde el traslado, el juez podrá oponerse a esa restitución tanto por las causas anteriores como por el hecho de que quede demostrado que el menor ha quedado integrado física, emocional y psicológicamente en su nuevo medio (art. 12 CH 1980). La estimación de esta última causa de oposición al retorno podría suponer que se ha producido un cambio de residencia habitual del niño y, por consiguiente, la competencia para resolver el fondo del asunto podría pasar al Estado al que el menor ha sido trasladado<sup>18</sup>.
- Cuando la restitución vulnera los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20 CH 1980).

En la práctica, la aplicación de las excepciones debería ser muy restrictiva<sup>19</sup>, ya que, por un lado, hay que probar que estas situaciones se den efectivamente, porque las excepciones nunca se presumen; y, por otro lado, una vez acreditada la excepción, la autoridad competente puede elegir si restituir al menor o no, es decir, tiene cierto margen de discrecionalidad<sup>20</sup>. En los casos en los que se analiza la no restitución del menor, tienen una gran importancia las autoridades centrales del lugar de residencia habitual del menor, que proporcionarán a la autoridad competente información sobre el menor para llegar a la solución más adecuada respecto de su restitución.

## 2.2. Reglamento 2201/2003: reconfiguración del sistema de La Haya

En materia de sustracción internacional de menores, el Reglamento 2201/2003 (en adelante RB II-bis) se aplica cuando un menor residente en un EM de la UE ha sido trasladado ilícitamente a otro EM<sup>21</sup>. A la hora de regular el procedimiento de restitución, el Reglamento remite al procedimiento de restitución establecido en CLH 1980 introduciendo algunas especialidades respecto al procedimiento de restitución. En

<sup>17</sup> Véase epígrafe 3.

<sup>18</sup> Fiscalía General del Estado, *doc. cit.*, p. 32.

<sup>19</sup> PÉREZ VERA, Elisa, *Informe explicativo del Convenio de la Haya de 1980*, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>. párr 34, p. 8.

<sup>20</sup> CALVO CARAVACA, A. Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *op.cit.*, 2018, p. 506.

<sup>21</sup> Salvo Dinamarca

este sentido, cabe destacar, que el CLH 1980, sigue en vigor para los EEMM de la UE que lo ratificaron, pero en los casos de sustracción de menores entre EEMM, el CLH 1980 será modulado por lo establecido en el RB II-bis, es decir, que el Reglamento prevalecerá sobre el CLH 1980<sup>22</sup>.

En el mismo sentido que en el CLH 1980, el RB II-bis considera ilícito el traslado del menor cuando “se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del EM en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención” (art. 2.11 RB II-bis). A tal efecto, el RB II-bis, de forma similar al CLH 1980, define el derecho de custodia como el conjunto de “derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia”<sup>23</sup>.

### 2.2.1. Acción directa de restitución

La acción directa está recogida en el art. 11 del RB II-bis (art. 11.1 a 11.5) y éste nos remite a la regulación del procedimiento de restitución del CLH 1980, pero siempre teniendo en cuenta las modulaciones que sobre este proceso hace el propio artículo. Por lo tanto, cuando un legitimado solicite la restitución de un menor que ha sido ilícitamente trasladado de un EM de la UE a otro, éste tendrá que seguir el procedimiento establecido en el CLH 1980 con las siguientes correcciones establecidas por el RB II-bis:

- Dar audiencia al menor en el procedimiento (salvo que no se considere conveniente por su edad o madurez).
- El órgano ante el que se presente la demanda de restitución actuará con urgencia (dictando resolución en el máximo de 6 semanas desde la interposición de la demanda).

---

<sup>22</sup> Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, Oficina de Publicaciones de la UE, Bélgica, 2016, p.49, disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed>

<sup>23</sup> art. 2.9 del RB II-bis.

- Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en un grave riesgo (art. 13.I.b CLH 1980) si se demuestra que se han adoptado medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución<sup>24</sup>.
- Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin dar posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución<sup>25</sup>.

#### **a) Audiencia al menor y a la persona que solicita la restitución**

Conforme al art. 11.2 del Reglamento el menor tendrá que ser oído a no ser que no se considere conveniente por su edad o grado de madurez. La posibilidad de no audiencia al menor tiene una interpretación restrictiva<sup>26</sup>, pues dado que el interés superior del menor es el principio sobre el que gira el procedimiento de restitución, el mismo niño es la persona más indicada para alegar lo que estime oportuno al respecto y no se le puede restringir ese derecho con base únicamente a su edad o madurez, sin analizar las circunstancias concretas de cada caso. En este punto, el problema radica en que el Reglamento no establece cómo se debe llevar a cabo el procedimiento de audiencia y tampoco establece criterios para saber a qué edad o con qué grado de madurez se considera necesaria<sup>27</sup>. Como solución, cada EM debe aplicar sus normas y criterios procesales para llevarla a cabo la audiencia del menor<sup>28</sup>.

Por otro lado, el art. 11.5 RB II-bis establece que el órgano jurisdiccional tampoco podrá denegar la restitución del menor sin haber oído a la parte que solicita la restitución. Esta audiencia supone una novedad respecto del CLH 1980, en el que no hay ninguna referencia a la audiencia de la persona que solicita la restitución.

Las audiencias mencionadas, deberán llevarse a cabo de un modo eficaz y rápido teniendo en cuenta el escaso tiempo del que dispone el órgano jurisdiccional competente para resolver los casos de sustracción internacional.

---

<sup>24</sup> Véase epígrafe 3.2.

<sup>25</sup> CALVO CARAVACA, A. Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *op. cit.*, p. 519.

<sup>26</sup> Fiscalía General del Estado, *doc. cit.*, pp. 52-53.

<sup>27</sup> Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *doc. cit.*, p.55

<sup>28</sup> *Vid.* Fiscalía General del Estado, *doc. cit.*, p. 52; se recuerda que los Estados podrán valerse del Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los EEMM en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, que permitirá a los órganos jurisdiccionales llevar a cabo estas audiencias por vía telemática

## **b) Actuación urgente**

La actuación urgente en los casos de restitución de menores siempre ha sido considerada fundamental para lograr la protección íntegra del interés superior del menor. En ese sentido, el RB II-bis establece que el órgano jurisdiccional competente para emitir la resolución de retorno del menor deberá valerse de los procedimientos más rápidos que las normas procesales nacionales permitan para resolver estos casos y dictar la resolución en el plazo máximo de 6 semanas desde que se interpone la demanda.

Este límite temporal expreso ha causado problemas de interpretación en la práctica. Por un lado, surgen dudas acerca de si el plazo hay que aplicarlo a cada instancia y si incluye recursos o incluso la ejecución de una orden de restitución. Por otro lado, está el problema de que el RB II-bis no establece ningún límite temporal para la tramitación de una solicitud por parte de la autoridad central receptora y que hay problemas para cumplir con los plazos a causa de la inexistencia en las normativas nacionales de una limitación del número de recursos que pueden interponerse contra una orden de restitución<sup>29</sup>. Por todo ello, la actuación urgente de los órganos ha sido objeto de estudio en las futuras regulaciones de la UE en materia de sustracción internacional que analizaremos más adelante<sup>30</sup>.

### **2.2.2. Mecanismo de prevalencia**

Cuando estemos ante un secuestro internacional debemos tener en cuenta que el Estado de residencia habitual del menor sigue siendo el competente para conocer sobre el derecho de custodia, a pesar de que el Estado requerido sea el competente para conocer de la restitución del menor. Ello hace posible que tras la obtención de una decisión de no retorno en el Estado requerido en base al art. 13 RB II-bis, el Estado requirente pueda adoptar con posterioridad una resolución respecto de la custodia que implique la restitución del menor a su residencia habitual. Para dar solución a estas decisiones contradictorias, el art. 11.8 RB II-bis establece que “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la

---

<sup>29</sup> FORCADA MIRANDA, Francisco J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores*. 1ª ed., Ed. Spin, Madrid, 2020, p. 222.

<sup>30</sup> Véase epígrafe 2.3.

restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”. Por lo tanto, la decisión posterior sobre el derecho de custodia obtenida en el EM de residencia habitual del menor que implique el retorno del niño prevalecerá sobre la resolución anterior de no retorno del Estado donde está retenido el menor.

Unido a ello, el art. 42 RB II-bis establece que las resoluciones del EM de residencia habitual del menor que impliquen la restitución del mismo, obtenidas tras la resolución de no retorno del Estado requerido, pueden tener fuerza ejecutiva directa y por tanto, no necesitan ni reconocimiento ni *exequatur* en este último<sup>31</sup>. Esta ejecutividad automática supone que quien reclama el retorno del menor puede acudir directamente al procedimiento de ejecución del Estado requerido sin posibilidad de oposición a la restitución por parte del sustractor<sup>32</sup>. Por todo ello, podemos decir que el EM competente para conocer el fondo del asunto, es decir, el tribunal del país donde el menor tenía su residencia habitual, es el que decide en último lugar a cerca del retorno por estar éste facultado para ello<sup>33</sup>.

### 2.3. Las novedades de la futura regulación de la Unión Europea: Reglamento 2019/1111

En materia de sustracción internacional de menores, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores de 30 de junio de 2016 sacaba a la luz varias deficiencias del RB II-bis, entre ellas la ineficacia del plazo de 6 semanas para emitir una orden de restitución, la inexistencia de un límite temporal para la tramitación de la solicitud y la difícil puesta

---

<sup>31</sup> CALVO CARAVACA, A. Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *op. cit.*, p. 520.

<sup>32</sup> El mecanismo de última palabra vigente en la UE, supone un cambio significativo respecto a la regulación del CLH 1980. El Convenio acepta implícitamente la ejecución de las resoluciones de custodia dadas en el Estado de residencia habitual que supongan la restitución del menor posteriores a las decisión de no retorno del Estado requerido. Pero para ejecutar las decisiones de custodia que impliquen el retorno del menor en el Estado requerido necesitarían de la previa obtención de la declaración de ejecutividad (*exequatur*) y su posterior ejecución, es decir, no hay ejecución automática de estas resoluciones en el Estado parte del CLH 1980 donde se encuentre el menor. Tener que obtener el *exequatur* supone que la solicitud de declaración de ejecutividad pueda ser denegada por existir motivos de oposición a ésta en el Derecho interno del Estado requerido y ello conllevaría que el menor no fuera devuelto a su residencia habitual a pesar de la resolución dictada en el Estado requirente respecto de la custodia que suponga la restitución.

<sup>33</sup> Fiscalía General del Estado, *doc. cit.*, p. 51.

en práctica del mecanismo de prevalencia. Por ello, el nuevo Reglamento 2019/1111, que sustituirá al RB II-bis a partir del 1 de agosto de 2022 intenta corregir alguna de esas deficiencias en materia de sustracción internacional de menores en su Capítulo III, dedicado exclusivamente a esta materia. Entre las modificaciones que introduce el Reglamento podemos señalar las que se refieren a: la tramitación de la solicitud de retorno por las autoridades centrales, el procedimiento judicial acelerado, el derecho del menor a expresar su opinión, las novedades al aplicar las excepciones de no retorno del menor<sup>34</sup> y el nuevo mecanismo de prevalencia.

### **2.3.1. Recepción y tramitación de las solicitudes por las autoridades centrales**

En contra de lo sugerido por la Comisión en 2016 de establecer límites temporales para la tramitación de una solicitud de restitución por parte de la autoridad central receptora, el art. 23 del Reglamento 2019/1111, se ha limitado a imponer a las autoridades centrales del Estado requerido que reciban una solicitud de retorno de un menor trasladado ilícitamente, la obligación de acusar recibo de esta solicitud en un plazo de 5 días hábiles contados a partir de la recepción de solicitud. Este precepto pretende agilizar el proceso de restitución, pero son ya varias las voces críticas que consideran que este acuse de recibo no soluciona el problema ni agiliza la situación, ya que esto no deja de ser una “medida de cortesía” o una “buena práctica” a la hora de llevar a cabo el trabajo<sup>35</sup>.

Por otro lado, el acuse de recibo tiene la particularidad de no ir acompañado de un formulario modelo para realizarlo (lo que es un importante déficit) y además, al indicar el plazo de 5 días hábiles no se determina en ningún apartado la norma aplicable para el cómputo de ese plazo.

### **2.3.2. El plazo de las 6 semanas independientes en cada fase**

El nuevo Reglamento 2019/1111 crea lo que se llama un procedimiento judicial acelerado para la tramitación de los casos de restitución que se basa en dos aspectos fundamentales: por un lado, valerse de los procedimientos nacionales existentes que sean más rápidos para tramitar estos procesos; por otro lado, introducir mayor precisión

---

<sup>34</sup> Véase epígrafe 3.2.

<sup>35</sup> FORCADA MIRANDA, Francisco J., *op. cit.*, pp. 216-217.

en el plazo para obtener una resolución, estableciendo dos plazos de 6 semanas, uno para adoptar una decisión en primera instancia y otro para la segunda<sup>36</sup>.

A estas 12 semanas como máximo para obtener una decisión firme de retorno del menor, hay que sumarle las 6 semanas que establece el art. 28 para la ejecución de dicha sentencia. Ya que, según dicho artículo, si no se lleva a cabo la ejecución en dicho periodo, “la parte que solicitó la ejecución o la autoridad central del Estado miembro de ejecución tendrán derecho a pedir a la autoridad competente para la ejecución una exposición de los motivos del retraso”. Por lo tanto, con el nuevo Reglamento las autoridades competentes tendrían un plazo de 18 semanas para llevar a cabo la totalidad del procedimiento de restitución.

A la hora de llevar a cabo esta reforma, la norma pretendía establecer plazos más realistas que hicieran viable llevar a cabo el procedimiento de restitución en dicho plazo. Pero, la fijación de plazos más extensos para resolver los procesos sin acompañarlos de sanciones por su no cumplimiento, podría conllevar que la rapidez necesaria en los procesos de sustracción de menores se desvirtúe, ya que sin sanción los EEMM no se verán en la necesidad de cumplir dichos límites temporales.

### 2.3.3. Nuevo mecanismo de prevalencia

En los casos en los que se adopte una decisión de no restitución, el órgano jurisdiccional que dicta la resolución de denegación debe expedir de oficio un certificado valiéndose del formulario que figura en el anexo I para comunicar al Estado de origen del menor la resolución de no retorno<sup>37</sup>. En este sentido, el órgano jurisdiccional que decida denegar la restitución tiene la obligación de hacer referencia explícita a los artículos correspondientes del CLH 1980 en el que se basa la denegación<sup>38</sup>,

El Reglamento 2019/1111 limita la posibilidad de acudir al mecanismo de prevalencia únicamente a los casos en los que dicha decisión se haya fundado en el art. 13.I.b, o en el art. 13.II del CLH 1980, o en ambos, con independencia de que sea firme

---

<sup>36</sup> FORCADA MIRANDA, Francisco J., *op. cit.*, p. 224.

<sup>37</sup> El art. 29.2 del Reglamento 2019/1111 establece que “el certificado se rellenará y expedirá en la lengua de la resolución”, pero “podrá expedirse también en otra lengua oficial de las instituciones de la Unión Europea solicitada por una de las partes”.

<sup>38</sup> Considerando 48 del Reglamento 2019/1111.

o susceptible de recurso (art. 29.1). Tras la denegación de la restitución, como sucedía en el anterior RB II-bis, cualquier resolución posterior sobre el derecho de custodia que suponga la restitución del menor, tras la obtención en el Estado requirente del certificado que la declara ejecutiva, podrá ser reconocida y ejecutada sin necesidad de ningún procedimiento de declaración de ejecutividad, conforme a lo dispuesto en los arts. 42 a 50 del nuevo Reglamento, dentro del régimen especial que el propio texto denomina como “Reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas”. A diferencia del Reglamento anterior, se introduce ahora una posible causa de denegación de la ejecución cuando la resolución sea irreconciliable con otra posterior, en los términos establecidos por su art. 50.

### **3. Grave riesgo como excepción al retorno del menor: la complejidad de la indefinición**

#### **3.1. El artículo 13.I.b) del Convenio de la Haya de 1980: Aspectos generales**

La excepción del riesgo grave es una de las más utilizadas en la práctica para impedir el retorno de un menor sustraído. La excepción ha causado numerosos problemas de interpretación y aplicación y por ello conviene hacer un análisis en profundidad sobre ésta.

##### **3.1.1. La excepción de grave riesgo frente al retorno**

###### **A. Concepto y alcance**

El art. 13.I.b CLH 1980 establece que “la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: [...] b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.

La excepción del grave riesgo tiene su origen en el interés superior del niño, que ha de ser protegido ante todo en los procesos en los que esté implicado un menor de edad<sup>39</sup>. Como regla general, en los casos de sustracción internacional de menores, este

---

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimiento en Bruselas y la Haya”. *Revista electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*. 2018, núm. 35, p. 6 nos

interés superior se protege restituyendo al menor a su residencia habitual. Pero cuando existe un grave riesgo para el niño, tal y como establece Pérez Vera “el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable”<sup>40</sup>. Por lo tanto, el legislador considera que la exposición del menor a un peligro merece mayor reproche jurídico que la sustracción del mismo de su residencia habitual y, en consecuencia, en caso de que exista grave riesgo para el menor tras su restitución, el órgano jurisdiccional no se verá obligado a devolver al menor<sup>41</sup>.

En el CLH 1980 la no restitución estaría justificada por el peligro físico o psíquico o de cualquier otra clase que exponga al menor a una situación intolerable tras su regreso a su residencia habitual. Pero esta definición genérica que ofrece el CLH 1980, unida al hecho de que no se hayan establecido unas pautas mínimas que permitan identificar las circunstancias que causan dichos peligros graves al niño, hace que la apreciación del riesgo grave sea difícil<sup>42</sup>. Cada juez, al conocer de un procedimiento de sustracción donde se alega la excepción, intenta precisar el concepto de grave riesgo y analizar si en el caso concreto existen suficientes indicios como para apreciarlo. Esta concreción hecha por los tribunales en sus resoluciones, es en muchas ocasiones contradictoria, no solo si analizamos la jurisprudencia comparada sino incluso dentro de un mismo país donde los jueces, ante situaciones similares, han llegado a interpretar de forma distinta el grave riesgo<sup>43</sup>.

En principio, a partir del texto literal del art. 13.I.b CLH 1980 se pueden distinguir tres tipos de riesgo que pueden acarrear la aplicación de esta excepción:

- El riesgo grave de que la restitución exponga al niño a un daño físico.

---

explica que a pesar de que el concepto de interés superior del menor no está recogido en el CLH 1980, ya que se crea posteriormente con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el CLH 1980 lo incorpora implícitamente como principio para proteger a los menores.

<sup>40</sup> PÉREZ VERA, Elisa, op.cit., párr 29, p. 7.

<sup>41</sup> En este mismo sentido se pronuncian BEAMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E., *The Hague Convention on international child abduction*, Oxford University press, 1999, pp. 29-31.

<sup>42</sup> CHÉLIZ INGLÉS M<sup>a</sup> del Carmen, *La sustracción internacional de menores y la mediación retos y vías prácticas de solución*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 95.

<sup>43</sup> Como ejemplo de ello tenemos la SAP Ciudad Real 71/2021, de 18 de enero, donde se concede la restitución de una menor por no haberse probado debidamente el grave riesgo por separación de la menor de su progenitora sustractora en caso de regreso. Ello supuso la revocación parcial de la decisión del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup>1 de Ciudad Real, que resolvió en primera instancia, apreciando el grave riesgo y optando por la no restitución.

- El riesgo grave de que la restitución exponga al niño a un daño psíquico.
- El riesgo grave de que la restitución ponga al niño, de alguna otra manera, en una situación intolerable.

Los tres tipos de riesgo forman excepciones distintas y pueden interponerse de forma autónoma como excepción a la obligación de restitución inmediata del niño según los hechos de cada caso. No obstante, en la práctica, estas tres categorías suelen ser utilizadas conjuntamente y los tribunales en sus sentencias no siempre las diferencian. Este hecho, se debe a que las tres están estrechamente relacionadas entre sí, ya que el daño físico o psíquico (los dos primeros tipos) es daño en la medida en que ponga al menor en una situación intolerable, tal y como completa la tercera de las categorías de riesgos<sup>44</sup>.

En este sentido, es una “situación intolerable” aquella que ningún niño debería llegar a tolerar en las circunstancias particulares del caso<sup>45</sup>. Se entiende que todo niño, como parte de su desarrollo se ve obligado a lidiar con circunstancias angustiosas e incómodas a lo largo de su vida, pero en ningún caso se debe permitir exponer al niño a determinadas situaciones, y éstas son las que el legislador pretende evitar con la implementación de la excepción del “grave riesgo”<sup>46</sup>.

Por otro lado, para que el órgano competente para conocer la restitución del menor aplique esta excepción, es necesario determinar que existe un “grave riesgo” de que la restitución del menor a su residencia habitual lo vaya a exponer a un peligro grave<sup>47</sup>. Este término de “grave riesgo” pone de manifiesto la intención de los legisladores de

---

<sup>44</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13 (1) (b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños. Doc. Prel. N° 3 de junio de 2017, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57>, párr. 62, p. 14.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párr. 61, p. 14 citando, *Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)*, decisión de la Cámara de los Lores del Reino Unido (2006) [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 880], § 52. p. 19.

<sup>46</sup> *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)*, de la Corte Suprema de Reino Unido (2011) [Referencia INCADAT HC/E/UKe 1068]. § 34. p. 19.

<sup>47</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas...*, *doc.cit.*, párr. 51, p. 13.

que la excepción se aplique de manera restrictiva<sup>48</sup>, es decir, sólo cuando el riesgo que pueda sufrir el niño sea real y alcance cierto nivel de seriedad<sup>49</sup>.

Que el riesgo invocado sea considerado “grave” o no, depende de los hechos de cada caso y del daño potencial hacia el menor, ya que a pesar de que “grave” sea una característica del riesgo más que del daño, existe un gran vínculo entre ambas. Esta interconexión es fácilmente apreciable por el hecho de que es posible que un riesgo bajo de muerte o lesiones graves se califique como grave y que para otros daños menos severos se exija un nivel de riesgo mayor para obtener tal calificación<sup>50</sup>. La importancia de la intensidad en la gravedad del riesgo respecto a la probabilidad de que éste se manifieste, modula por tanto la manera de apreciar la excepción. Aunque el riesgo de muerte o lesiones graves sea un riesgo poco probable, cuando el daño que estas situaciones provocarían al menor, de producirse, sería de extrema gravedad, merecen ser apreciadas como un grave riesgo para salvaguardar su integridad. En cambio, si la probabilidad de que el menor sufra unos daños poco severos es leve no se apreciará ese grave riesgo, ya que la escasa probabilidad de daño unida a un daño leve no merece tal reproche jurídico. Todo ello, obliga a analizar en cada supuesto los posibles daños que acarrearía el riesgo alegado para calificarlo de grave o no.

#### B. Evaluación: un enfoque prospectivo caso por caso

A la hora de evaluar el grave riesgo, es necesario que cada tribunal atienda a las circunstancias concretas de cada caso para adoptar la decisión que mejor se adapte al interés del menor sustraído. Pero este análisis no siempre es sencillo dada la alta discrecionalidad de los jueces al apreciarlo. En la evaluación, habitualmente se tienen en cuenta diferentes factores.

---

<sup>48</sup> Tal y como dice PÉREZ VERA, Elisa, *op. cit.*, párr 34, p. 8: las excepciones “deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado”. En el mismo sentido, el AAP Barcelona (Sección 18) 91/2006, de 4 de abril. [Ref. ARANZADI: JUR 2007\86524] y el AAP Barcelona (Sección 18) 54/2012, de 13 de marzo. [Ref. ARANZADI: JUR 2012\195157] repiten que la excepción del grave riesgo “*debe ser valorada de forma restrictiva de manera que solo puede operar en aquellos supuestos en que se pruebe de forma cumplida que el traslado de los menores al país y lugar, que hasta el momento de traslado ha constituido su hábitat natural, pueda colocarlos en situación de grave riesgo*”

<sup>49</sup> En este sentido se resolvió *Damiano v. Damiano*, del Tribunal de Primera Instancia de Kaitaia (Nueva Zelanda) [Referencia INCADAT: HC/E/NZ 91], p.5.

<sup>50</sup> *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)*, del Tribunal Supremo de Reino Unido [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 1068], § 33, pp. 18-19.

Por un lado, se analiza cuál será la situación futura del menor en su residencia habitual tras el retorno en función del riesgo alegado. Este carácter prospectivo del “grave riesgo” significa que el riesgo al que pueda ser sometido el menor debe apreciarse en el futuro: se analiza el riesgo al que estaría expuesto de manera hipotética si es restituido a su residencia habitual. El Convenio, centra su atención en la situación del menor tras su restitución o, dicho de otro modo, en la situación en la que dicho sujeto se encontraría si se aplicara la regla general de la devolución del menor al lugar donde desarrollaba su vida. Por ende, el órgano competente para resolver sobre la restitución del menor, a la hora de examinar si aplicar o no la excepción del grave riesgo, debe atender fundamentalmente a la situación futura del menor y no centrarse única y exclusivamente en las circunstancias actuales o pasadas de daño al que estuvo sometido o pudo estar sometido el niño<sup>51</sup>.

En este punto, los órganos jurisdiccionales también deben prestar especial atención al hecho de que en el país de residencia habitual del menor se puedan tomar las medidas de protección adecuadas para evitar posibles daños al niño. Si se demostrara que el país al que se restituiría el menor cuenta con sistemas de protección adecuados, el retorno del menor se debería conceder ya que su interés superior estaría protegido. Pero lo que aparentemente parece sencillo, en la práctica provoca numerosas sentencias contradictorias<sup>52</sup> porque queda en manos de la valoración del órgano jurisdiccional si las medidas de protección de un Estado son suficientes o no como para proteger el interés superior del menor.

Por otro lado, los jueces también evalúan de forma exhaustiva las pruebas presentadas para sustentar el grave riesgo<sup>53</sup>. Este estudio de las pruebas deberá ser

---

<sup>51</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas...*, *doc.cit.* Párr. 55, p. 13.

<sup>52</sup> Véase epígrafe 3.1.2

<sup>53</sup> El TEDH establece que la evaluación del grave riesgo debe ser exhaustiva y probarse debidamente. En este sentido, en el caso *Karrer contra Rumanía* (Demanda N° 16965/10) [Ref. INCADAT: HC/E/RO 1149] el TEDH falló que las autoridades rumanas habían analizado de manera incompleta y poco concienzuda la restitución del niño y los graves daños que este regreso podría causarle al menor y que no debería de haberse concedido la aplicación del art. 13.I.b CLH1980. Ya que los argumentos de no retorno se basaron en testimonios de la madre sustractora y sus padres y en un informe de bienestar que se basaba en alegaciones de la sustractora, sin dar posibilidad de audiencia al padre privado. En el mismo sentido encontramos la STEDH *Šneersones y Kampanella contra Italia* (Demanda N° 14737/09) [Ref. INCADAT: HC/E/LV 1152].

En el caso *X. contra Letonia* (Demanda N° 27853/09) [Referencia INCADAT: HC/E/LV 1146], el TEDH consideró las autoridades letonas debía haber aceptado el grave riesgo del art. 13.I.b CLH 1980, ya que

minucioso, ya que las circunstancias de estos casos así lo exigen, pero no deberá dilatarse demasiado en el tiempo, porque si no se corre el riesgo de no proteger el interés del menor y que éste quede integrado en otro país por el uso de una herramienta ilegal como es el secuestro internacional. Esto hace que los jueces intenten en cada caso lograr un equilibrio entre evaluar a fondo las pruebas y hacerlo lo más rápido posible.

### 3.1.2. Motivos alegados en el marco de la excepción: jurisprudencia comparada

Una vez acreditado que el traslado del menor ha sido ilícito y cuando una de las partes ha solicitado la aplicación de la excepción del grave riesgo, el juez ha de evaluar si cabe la aplicación de esta excepción o no. En este apartado, nos centraremos en analizar los casos más frecuentes en los que se alega este grave riesgo y la jurisprudencia al respecto.

#### A. Violencia doméstica

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, en su art. 3.b define la violencia doméstica como “todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”<sup>54</sup>.

En la época de redacción del CLH 1980, la mayoría de los supuestos obedecían a un modelo de sustracción realizada por el progenitor que no tenía la custodia del menor, de forma que el retorno obligado establecido por el Convenio perseguía restablecer la convivencia con el padre que se había visto privado de ésta<sup>55</sup>. Desde hace más de una década, se constata que son las madres las que cada vez con más frecuencia son responsables de la sustracción, incluso siendo las titulares de la custodia física del

---

había pruebas suficientes para considerar que la menor sufriría un grave daño psíquico con la restitución y estas pruebas no fueron analizadas por las autoridades letonas.

<sup>54</sup> Consejo de Europa. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de junio de 2014, núm. 137.

<sup>55</sup> YAMAGUCHI, Sawako; LINDHORST, Taryn, *Domestic Violence and the Implementation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Japan and U.S. Policy*, *Journal of International Women's Studies*, vol. 17, Issue 4, 2016, disponible en: <http://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1883&context=jiws>, p. 18.

niño<sup>56</sup>. Una parte significativa se corresponde con madres que alegan violencia doméstica por parte del padre, bien respecto a los menores, bien respecto a ellas mismas<sup>57</sup>.

La alegación de violencia doméstica para justificar el no retorno, se ha interpretado en ocasiones como un medio para dilatar el procedimiento y así justificar la integración del niño en el Estado al que ha sido sustraído para paralizar el retorno<sup>58</sup>. El uso fraudulento de esta excepción ha provocado que las verdaderas situaciones de grave riesgo para los menores “víctimas de la violencia doméstica queden desprotegidas”<sup>59</sup>, ya que el hecho de que se alegue sin discreción, hace que los jueces sean cada vez más reacios a aceptar el riesgo en este contexto. Si a ello le unimos que el Convenio no da una respuesta específica a los casos de sustracción internacional en un entorno de violencia de género hace que la labor de los jueces sea aún más complicada y aumente la discrecionalidad de los mismos al evaluar estos casos<sup>60</sup>.

La alegación de la excepción de la violencia doméstica como motivo de aplicación de la excepción del grave riesgo, se refiere fundamentalmente a dos supuestos:

- El caso en el que exista un grave riesgo de daño físico, psicológico o de cualquier otra índole que ponga al menor en una situación intolerable como el abuso físico, sexual o de otro tipo y que vaya dirigido directamente al niño. Un ejemplo de estos casos es el caso *A.S. v. P.S.* (1998) de la Corte Suprema de Irlanda, donde se alega un posible grave riesgo en base a los abusos sexuales sufridos por una de las menores sustraídas a manos del progenitor privado de ellas<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> LOWE, Nigel; STEHPENS, Victoria, *op.cit.*, p.3 establece que en 2015 el 73% de sustractoras fueron madres, de las cuales el 91% eran custodias.

<sup>57</sup> KAYE M., “The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 13, issue 2, 1999, pp. 191-212.

<sup>58</sup> RUIZ SUTIL, Carmen, “Implementación del Convenio de Estambul en la Refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, párr. 25, p. 625.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párr. 25, p. 625.

<sup>60</sup> *Ibid.*, párr. 24, p. 625.

<sup>61</sup> *A.S. v. P.S. (Child Abduction)*, de la Corte Suprema de Irlanda [Referencia de INCADAT: HC/E/IE 389]. Obsérvense las decisiones al respecto del Tribunal Supremo de Irlanda y de la Corte Suprema de Irlanda: pp. 3-4 y 4-7 respectivamente.

- El supuesto en el que el menor vaya a ser expuesto a un grave riesgo a causa de la violencia doméstica infligida por el progenitor privado del niño al progenitor sustractor. Un ejemplo de este supuesto es el caso *Miltiadous v. Tetervak* (2010) donde se concede la excepción del grave riesgo para el menor en base, entre otros factores, a los abusos físicos (rotura de nariz) y emocionales sufridos por la madre a lo largo del matrimonio<sup>62</sup>.

El no retorno del menor al Estado de su residencia habitual solo suele prosperar cuando el abuso físico se ejerce directamente sobre el niño, pero no si la violencia es ejercida exclusivamente sobre la madre, aunque los menores sean testigos del maltrato<sup>63</sup>. Esto se debe, entre otros factores a que no se ha llevado a cabo un análisis exhaustivo de cómo debe admitirse en los procedimientos de restitución la existencia de la violencia machista y su repercusión en los hijos e hijas para asegurar una resolución que garantice un entorno seguro y libre de violencia para el menor. Esta carencia se puede observar en la STC 16/2016 de 1 febrero de 2016 (Sala 2ª) donde se resuelve el caso de una menor trasladada ilícitamente por su madre desde Suiza a España. En el caso se acredita que la sustractora había sido víctima de violencia de género y que existían varias denuncias por este hecho contra el progenitor sustractor<sup>64</sup>. A pesar de estos hechos, el Tribunal establece que no existe grave riesgo conforme al art. 13.I.b del CLH 1980 sin entrar a valorar la conexión entre éste y tales episodios violentos. Finalmente el TC falla optando por la no restitución de la menor a Suiza por haber quedado este integrado socialmente en España, pero no por la existencia de violencia de género<sup>65</sup>. En este caso, el TC desperdició una oportunidad para establecer unas directrices a la hora de probar la violencia de género en los procedimientos de sustracción como excepción del grave riesgo<sup>66</sup>. La falta de adopción de estas directrices,

---

<sup>62</sup> *Miltiadous v. Tetervak*, del Tribunal de Distrito de Estados Unidos, E.D. Pennsylvania [Referencia INCADAT: HC/E/US 1144], ep. 2.a) Spousal Abuse, p.4. En este sentido encontramos el caso *Ermini v. Vittori*, del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos [Referencia INCADAT: HC/E/US 1273] donde se negó la restitución de dos niños a Italia tras estar retenidos en EEUU, entre otros argumentos, sobre la base de un ataque sufrido por la progenitora sustractora a manos del progenitor privado (este ataque fue probado y los tribunales concedieron una orden de protección a la víctima).

<sup>63</sup> RUIZ SUTIL, Carmen, *op.cit.*, párr. 3, p. 617.

<sup>64</sup> STC 16/2016 de 1 febrero de 2016 (Sala 2ª) (recurso de amparo 2937-2015) [Ref. INCADAT: HC/E/ES 1382], pp. 2-3.

<sup>65</sup> *Ibid.*, FD 10, pp. 15-16.

<sup>66</sup> RUIZ SUTIL, Carmen, *op.cit.*, párr. 33, p. 630.

ha supuesto que a día de hoy sea muy difícil probar la violencia de género sufrida por la sustractora como causa de grave riesgo<sup>67</sup>.

A la hora de evaluar el grave riesgo por violencia doméstica, la Guía Práctica<sup>68</sup> establece que los tribunales se deben centrar en el efecto que la violencia doméstica puede provocar en el menor tras su restitución a su residencia habitual, y si este efecto alcanza el “nivel” de la excepción de grave riesgo<sup>69</sup>.

En este sentido, el hecho de que se compruebe que antes de la sustracción el menor o el progenitor sustractor sufrió abusos físicos por parte del progenitor privado del menor no siempre es un argumento suficiente para denegar la restitución y se pueden encontrar resoluciones en las que un tribunal concede la restitución a pesar de los antecedentes de abusos<sup>70</sup>. Normalmente, en estos casos, los jueces se suelen amparar en las medidas de protección que ofrecen los Estados requirentes para justificar que el retorno seguro a la residencia habitual es posible a pesar de los antecedentes de violencia.

Pero como ya adelantamos, al valorar los casos de grave riesgo por violencia doméstica encontramos numerosas sentencias contradictorias, ya que, por un lado, algunos órganos jurisdiccionales abogan por una aplicación muy restrictiva del art. 13.I.b CLH 1980 priorizando, en muchos casos, el principio de retorno y confiando ciegamente en que las medidas que adoptará el Estado requirente sean suficientes para

---

<sup>67</sup> Esto es lo que ocurrió en la SAP Granada 486/2017, de 21 de abril (Sección 5ª) (recurso de apelación 72/2017) [ECLI:ES:APGR:2017:486] donde se restituye a dos menores a su residencia habitual (Italia) al no quedar constatado el grave riesgo del art. 13.I.b que alegaba la parte recurrente por violencia de género. Ya que a pesar de que la sustractora había interpuesto 3 denuncias contra el padre privado por amenazas, dos se archivaron y una aún no estaba resulta a la hora de estudiar el caso, con lo que no quedó acreditado el grave riesgo por violencia del art. 13.I.b (p.3). En la misma línea encontramos la SAP Madrid (Sección 25ª) 13855/2020, de 18 de noviembre (recurso de amparo 1285/2020) [ECLI:ES:APM:2020:13855], donde se restituye a dos menores a su residencia habitual (Polonia), por no quedar probado que la madre sustractora hubiera sufrido violencia de género (ésta no había aportado denuncias ni ninguna otra prueba que lo acreditara).pp. 5-6.

<sup>68</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13 (1) (b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Parte VI, 2020, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/guides-to-good-practice>., párr. 58, p. 22.

<sup>69</sup> En el caso *Pollastro v. Pollastro* del Tribunal de Apelación de Ontario [Referencia INCADAT: HC/E/CA 373] el Tribunal consideró que el nivel del grave riesgo del art. 13.I.b CLH 1980 se había dado ya que tras “escuchar las pruebas de los maltratos verbales y físicos del padre, su violencia, sus problemas con el alcohol y las drogas, la inestabilidad, irracionalidad y hostilidad, el tribunal llegó a la conclusión de que una orden de restitución colocaría al menor en un ambiente violento y en un grave riesgo de daño”.

<sup>70</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas...*, doc. cit., párr. 58, pp. 22-23 establece como ejemplo el caso *Souratgar v. Fair*, del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos (2013) [Referencia INCADAT: HC/E/US 1240] donde a pesar de probarse la violencia contra la progenitora sustractora el tribunal no concedió el grave riesgo.

frenar el grave riesgo de las víctimas de violencia doméstica<sup>71</sup>. Ejemplo de ello es el caso *A.S. v. P.S.* de la Corte Suprema de Irlanda en el que se resuelve el caso de dos menores con residencia habitual en Inglaterra que son sustraídas por su madre en el año 1996 a Irlanda. El padre de las menores solicita la restitución de las mismas y la sustractora argumenta que una de las menores había sufrido abusos sexuales por parte del progenitor privado de las niñas y que de regresar a Inglaterra las menores sufrirían un “grave riesgo”. La Corte Suprema tras comprobar que efectivamente una de las menores había sufrido abusos sexuales, resuelve el caso devolviendo a las menores a Inglaterra bajo la supervisión de la madre argumentando que el hecho de volver a dicho país no supondría un grave riesgo para ellas dados los compromisos adquiridos por el padre y las medidas de protección que Inglaterra sería capaz de adoptar<sup>72</sup>.

Por otro lado, están los tribunales que defienden la idea de que la finalidad del Convenio no es sólo asegurar el retorno del menor, sino protegerlo en el caso de peligro y cuestionan que las medidas adoptadas por el Estado al que regresa el menor sean suficientemente eficaces como para protegerlo<sup>73</sup>. Ejemplo de ello es el caso *El Sayed v Secretary for Justice* (2003) del Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda que resuelve el caso de dos menores de cuatro y casi un año que eran residentes en Australia y que en octubre del año 2001 fueron sustraídos por su madre a Nueva Zelanda. Tras la sustracción el padre interpone una solicitud de retorno de las niñas y en contraposición la madre argumenta que el regreso de las mismas a Australia podría ponerlas en un grave riesgo, ya que la madre había sido víctima de violencia doméstica y había obtenido una orden de protección. En primera y segunda instancia, los jueces resolvieron el asunto a favor del regreso de las menores a Australia, pero el Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda estableció que en primera y segunda instancia se había hecho una interpretación muy estrecha de la ley al fallar que el riesgo al que estaban expuestos los menores no era grave porque el sistema legal australiano los protegería. Por ello, el Tribunal decidió que, en este caso, ambos menores podrían sufrir graves daños si fueran restituidos: en caso del menor porque su padre ya había abusado de él

---

<sup>71</sup> SCOTTI, Luciana B., BALTAR, Leandro, “La Excepción de Grave Riesgo a la Restitución Internacional de Niños y la Guía de Buenas Prácticas VI”, *Cuadernos Electrónicos Direito Internacional sem Fronteiras*, vol. 2, n° 1, 2020, ISSN 2675-2514, p. 11.

<sup>72</sup> *A.S. v. P.S. (Child Abduction)* de la Corte Suprema de Irlanda [Referencia de INCADAT: HC/E/IE 389], pp. 7-9.

<sup>73</sup> SCOTTI, Luciana B., BALTAR, Leandro, *op.cit.*, p. 12.

cuando estaba en el útero materno<sup>74</sup>; y en el caso del mayor porque había sido agredido directamente por su padre y la vuelta a su lugar de residencia podría acarrearle cuanto menos, daños emocionales a pesar de las medidas de protección que las autoridades australianas fueran capaces de adoptar<sup>75</sup>.

Ambas posturas tienen aspectos negativos: en el caso de la primera, se corre el peligro de no proteger adecuadamente al menor y que sufra algún tipo de violencia doméstica al regresar a su residencia habitual; mientras que, en el segundo caso, la desconfianza de las medidas de un Estado contratante podría llevar a una ineficacia del Convenio, que como ya hemos dicho se basa en la cooperación entre Estados<sup>76</sup>. Pero en ambos casos, tras ponderar los aspectos positivos y negativos del retorno, el juez valorará las circunstancias que rodean la sustracción y fallará con el objetivo de proteger de la mejor forma posible el interés superior del menor.

En relación a la violencia doméstica, el art. 31.1 del Convenio de Estambul establece que los Estados parte “tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en su ámbito de aplicación”. El apartado segundo añade que las partes tomarán las medidas necesarias “para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños”. La implementación del art. 31 del Convenio de Estambul en el CLH 1980 supone que tanto el Estado requirente como el requerido que sean partes del Convenio de Estambul quedarán obligados por este precepto. En el caso del Estado requerido el artículo podría suponer grandes cambios: por un lado, el Estado debería adoptar las medidas de seguridad que estén a su alcance si la resolución definitiva va encaminada al retorno del menor y hay indicios de violencia doméstica hacia la progenitora sustractora; por otro lado, este precepto podría suponer el camino para que la violencia de género se pudiera invocar como motivo de oposición al retorno de manera verdaderamente efectiva y establecer criterios para su puesta en práctica<sup>77</sup>.

## B. El riesgo para la salud del niño

---

<sup>74</sup> *El Sayed v Secretary for Justice*, del Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda (2003) [Referencia de INCADAT: HC/E/NZ 495] § 63.

<sup>75</sup> *Ibid.*, § 66.

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “La oposición al retorno del menor...”, *op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>77</sup> RUIZ SUTIL, Carmen, *op.cit.*, párr. 15, pp. 621-622.

El progenitor puede alegar como excepción del grave riesgo el peligro para la salud del niño si se produce el retorno. Para argumentar este peligro, el sustractor suele basarse en la enfermedad física o psicológica del menor y la falta de tratamientos o servicios apropiados en el Estado de residencia habitual o en que el clima del Estado de residencia es más perjudicial para el niño que el clima del Estado en el que se encuentra. Ante estas alegaciones, los tribunales suelen estudiar la disponibilidad de tratamientos sanitarios en el Estado de residencia habitual del menor y el impacto que la falta de estos tratamientos tendría en la salud del propio niño<sup>78</sup>. En este sentido, tal y como recomienda la Guía, los tribunales suelen evitar llevar a cabo una comparación de los sistemas sanitarios de los dos países implicados para evitar problemas diplomáticos entre éstos y también evitan conceder esta excepción por cuestiones climáticas, ya que esto iría en contra de la aplicación restrictiva de la excepción<sup>79</sup>.

En la práctica, se ha observado que la excepción del grave riesgo por causas de salud del menor se aplica cuando éste necesita un tratamiento de manera urgente y no se encuentra disponible en el Estado de residencia habitual o cuando la gravedad de la salud del niño no le permita regresar<sup>80</sup>. En el caso *State Central Authority v. Maynard* del 9 de marzo de 2003 de la Corte de Familia de Australia, se analiza el retorno de una menor de 3 meses trasladada desde Inglaterra a Australia y que padecía ataques neonatales. La madre sustractora, para justificar el no retorno de la niña alegó que la salud de la menor era tan delicada que no era recomendable que viajase, ya que este traslado la podría poner en una situación de grave riesgo. Subsidiariamente a la alegación anterior, la progenitora adujo que, por un lado, el sistema sanitario inglés en comparación con el australiano, había sido deficiente y este hecho podría poner a la menor en riesgo de sufrir un daño grave<sup>81</sup>; por otro, alegó que la menor, al necesitar atención las 24 horas del día estaría mejor atendida en Australia donde la madre tenía familiares que la ayudaban, ya que era ella la que cuidaba a la menor<sup>82</sup>. El tribunal denegó los dos últimos argumentos al considerar que Inglaterra tenía un sistema de

---

<sup>78</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas...*, *doc.cit.* Párr. 286, p. 85.

<sup>79</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas...*, *doc. cit.*, párr. 62, pp. 26-27.

<sup>80</sup> *Ibid.*, párr. 62, p. 26.

<sup>81</sup> *State Central Authority v. Maynard* de la Corte de Familia de Australia (2003) [Referencia INCADAT: HC/E/AU 541], § 30, p. 6.

<sup>82</sup> *Ibid.*, § 33-34, p. 6.

salud que podría cubrir todas las necesidades de la menor<sup>83</sup> y que, en Inglaterra, la madre también podría encontrar el apoyo necesario para auxiliarla en el cuidado de la niña<sup>84</sup>. Pero en base a la primera alegación y a los informes médicos aportados, el tribunal falló acordando la no restitución de la menor en base al art. 13.I.b del CLH 1980 al considerar que viajar en avión pondría al bebé en una situación de riesgo grave, incluso llevarla a la muerte a causa de los ataques neonatales<sup>85</sup>.

### C. Separación del menor de otros miembros de la familia

#### a) Separación del padre o madre sustractor

El progenitor sustractor, puede alegar que no puede o no quiere regresar con el menor al Estado de residencia habitual y que ordenar la restitución del menor sin su persona podría suponer un riesgo grave de que la separación de ambos exponga al menor a un daño físico o psíquico, o que de alguna otra manera lo ponga en una situación intolerable<sup>86</sup>. La alegación de este daño suele girar principalmente en torno a la idea de que el progenitor sustractor es el principal custodio del menor y su distanciamiento del mismo podría acarrear un grave impacto en el niño si a causa de ello surge una falta de cuidado parental y las medidas de protección no son suficientes para atajar este problema<sup>87</sup>.

En la práctica se ha comprobado que la aplicación de esta excepción del art. 13.I.b del CLH 1980 con causa en la separación del progenitor sustractor es aún más restrictiva si cabe que el resto de las causas y que sólo en contadas ocasiones se ha apreciado riesgo grave por este motivo<sup>88</sup>. En los casos en los que se ha apreciado este argumento ha sido por riesgo de suicidio del progenitor sustractor que han sido debidamente probados. Un ejemplo de ello es el caso *DP v. Commonwealth Central Authority; JLM v. Director-General NSW Department of Community Services* (2001)<sup>89</sup>

---

<sup>83</sup> *State Central Authority v. Maynard* de la Corte de Familia de Australia (2003) [Referencia INCADAT: HC/E/AU 541], § 31-32, p. 6

<sup>84</sup> *Ibid.*, § 35, p. 6

<sup>85</sup> *Ibid.*, §38, p. 7.

<sup>86</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas...*, *doc.cit.* párr. 288, p. 86.

<sup>87</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas...*, *doc. cit.*, párr. 64, pp. 27-28.

<sup>88</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas...*, *doc.cit.*, párr. 289, p. 87.

<sup>89</sup> *DP v. Commonwealth Central Authority; JLM v. Director-General NSW Department of Community Services* de la Corte Suprema de Australia (2001) [Referencia INCADAT: HC/E/AU 346]

donde se analiza la sustracción de un menor desde su residencia habitual en México a Australia. En este caso, no se concede la restitución del menor por el grave riesgo que sufriría dada la alta probabilidad de suicidio de su madre de regresar a México.

A la hora de evaluar estas situaciones, la Guía recomienda centrar el estudio en las razones por las cuales el sustractor no puede regresar al Estado de residencia habitual del menor y en averiguar si la adopción de medidas de protección podrían eliminar las circunstancias que impiden el regreso del progenitor sustractor al Estado de residencia habitual, o si esto no es posible, evitar el grave riesgo.

Los impedimentos más comunes a la hora de no querer o poder regresar a la residencia habitual manifestados por parte del progenitor custodio suelen ser los siguientes:

- El progenitor, si regresa, se enfrentaría una acción penal o un procedimiento por desacato al tribunal por el traslado o la retención ilícitos del menor. En estos casos, los órganos jurisdiccionales pueden adoptar todas las medidas que están en su mano para retirar los cargos que recaen sobre el sustractor y para evitar el ejercicio de acciones penales contra el mismo<sup>90</sup>. Esto es lo que ocurrió en el caso *Motion for Leave to Appeal (Family Matters)*, donde el tribunal desestimó el argumento de la madre para la aplicación del art. 13.I.b del CLH 1980 basado en que de volver a EEUU sería arrestada por sus autoridades y esto causaría un grave daño al menor. Se desestimó el argumento porque la orden de arresto se había revocado y el abogado del padre había escrito al fiscal de los EEUU para comunicarle que el padre no tenía interés en que la madre fuese sometida a un procedimiento penal, por lo que la sustractora no tenía motivos para no volver<sup>91</sup>.
- El progenitor no puede regresar con el menor al Estado de su residencia habitual por no poder entrar en el país a causa no tener visado o carecer de derecho a residir en el territorio<sup>92</sup>. En la práctica las autoridades raramente suelen aceptar esta excepción, ya que los progenitores antes o después suelen tener la posibilidad de conseguir el visado<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> SCOTTI, Luciana B., BALTAR, Leandro, *op.cit.*, p. 21.

<sup>91</sup> *Motion for Leave to Appeal (Family Matters)* 5690/10 [Referencia INCADAT: HC/E/1290], § 5, p.4.

<sup>92</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas...*, *doc. cit.*, párr. 68, p. 30.

<sup>93</sup> *Ibid.*, párr. 68, p. 30.

- El progenitor “no dispone de los medios para costear su representación legal, que los tribunales de dicho Estado no son imparciales, o que existen otras barreras que le impiden acceder a los tribunales en un procedimiento de custodia” en el Estado de residencia habitual del menor<sup>94</sup>. En la mayoría de los casos, los tribunales suelen rechazar esta alegación, entre otras cosas, para evitar problemas diplomáticos.
- El progenitor sustractor alega que a causa de su grave estado de salud o de la imposibilidad de un tratamiento médico adecuado en el Estado de residencia habitual del menor, se crea un grave riesgo para el niño<sup>95</sup>. Un ejemplo práctico de este caso es el *Re S.* (2012) donde se deniega la restitución de un menor en base, entre otras cosas, a que la madre sustractora había sufrido el Síndrome de la Mujer Maltratada (una forma de trastorno por estrés postraumático), ansiedad y grave estrés al estar en Australia y los psicólogos argumentaban que a pesar de que su estrés había disminuido, la vuelta a Australia podría empeorar su ansiedad de manera notable y poner, a causa de ello, al menor en un grave riesgo.<sup>96</sup>

En el caso en el que el progenitor sustractor se niegue a regresar sin una causa, se considera que es él quien pone al menor en grave riesgo al sustraerlo y después negarse deliberadamente a no regresar al Estado de residencia habitual del menor, por lo que en la práctica los tribunales conceden el retorno del menor para no favorecer al sustractor<sup>97</sup>.

### **b) Separación de los hermanos**

El progenitor sustractor puede alegar que la separación entre hermanos/as o hermanastros/as, que se produciría en caso de restitución, causaría al menor un grave riesgo del art. 13.I.b del CLH 1980. Estos casos se suelen dar:

---

<sup>94</sup> *Ibid.*, párr. 69, p. 30.

<sup>95</sup> *Ibid.*, párr. 70, p. 31.

<sup>96</sup> *Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)*, de la Corte Suprema de Reino Unido (2012) [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 1147], § 18 y 25, pp. 8 y 11.

<sup>97</sup> Es lo que ocurre en el caso de la *Director General, Department of Community Services Central Authority v. J.C. and J.C. and T.C.*, del Pleno del Tribunal de Familia de Australia en Sydney (1996) [Referencia INCADAT HC/E/AU 68] y en el caso *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, del Tribunal de Apelación del Reino Unido (1989) [INCADAT cite: HC/E/UKe 34], donde se concede la restitución del menor al considerar que no se da la excepción del art. 13.I.b del CLH, al ser los sustractores los que habían causado el grave riesgo por sustraer al menor y no querer después regresar.

- “Cuando uno de los hermanos sustraídos se opone a ser restituido de conformidad con el artículo 13.II y el tribunal se plantea negar la restitución de dicho hermano/a sobre esa base”<sup>98</sup>, lo que podría llevar al grave riesgo en caso de separación de hermanos del otro menor. La causa fue admitida en el caso *Re T.* (2000) del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales, donde se deniega la restitución de un menor en base al grave riesgo al que estaría expuesto en caso de regresar a España (su residencia habitual) por separarse de su hermana que no quería volver a dicho país en base al art. 13.II (no por acciones imputables al padre). Esa separación, según el Tribunal causarían un grave riesgo al menor porque ambos habían pasado tiempos difíciles juntos y el menor había sido dependiente de su hermana, con lo que dicha separación podría poner al menor en una situación intolerable<sup>99</sup>.
- En los casos en los que “el tribunal estima que un niño ha sido trasladado ilícitamente por el progenitor sustractor junto con su hermano/a o hermanastro/a con respecto al cual no se ha presentado una solicitud de restitución conforme al CLH 1980, o para el cuál el mismo no aplica” por ser el hermano/a o hermanastro/a mayor de 16 años o porque el progenitor privado no tiene ningún derecho de custodia sobre éste<sup>100</sup>.

En estos supuestos, se pueden apreciar distintas posturas entre la jurisprudencia. Algunos órganos han adoptado una interpretación amplia de la excepción, entendiendo que la separación puede causar un grave daño psicológico al menor, dada la buena relación entre hermanos y el valor emocional de esa relación<sup>101</sup>; otros han seguido una línea más restrictiva de interpretación, considerando que es necesaria una prueba fehaciente de daño psicológico dado que la separación no tiene porqué ser definitiva<sup>102</sup>. Un ejemplo de éste último es el caso *Chalkley v. Chalkley* (1995), donde se resuelve la sustracción de dos menores de 14 y 2 años que habían sido sustraídas desde Inglaterra a Canadá. El Tribunal resolvió acordando la restitución de la menor, y la no restitución de

---

<sup>98</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas...*, *doc. cit.*, párr. 73, p. 32.

<sup>99</sup> *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (2000) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 270], p. 23.

<sup>100</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas...*, *op. cit.*, párr. 73, p. 32.

<sup>101</sup> Como es el caso *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (2000) [Referencia en INCADAT: HC/E/UKe 270] analizado anteriormente.

<sup>102</sup> CHÉLIZ INGLÉS M<sup>a</sup> del Carmen, *op.cit.*, p. 98.

la mayor al darse en su caso un grave riesgo de retorno a causa de sus problemas físicos y psíquicos. En este caso, el órgano no apreció que esta separación causara a las menores un grave riesgo<sup>103</sup>.

A pesar de la variedad de resoluciones en este aspecto, las autoridades siempre suelen prestar especial atención los casos en los que la separación de hermanos se da cuando el sustractor decide que el hermano al que no se le aplica el CLH 1980 no regrese para poder alegar el grave riesgo en el caso del hermano al que sí se le aplica el Convenio. En estos supuestos, los tribunales suelen hacer todo lo posible para no beneficiar al progenitor que puso al menor ante la posibilidad de sufrir un grave riesgo, ya que de no ser así podría darse un incremento desmedido de casos de sustracción<sup>104</sup>.

#### D. El riesgo asociado a las circunstancias del Estado de residencia habitual

La parte sustractora puede alegar que el grave riesgo, y por tanto, el no retorno se justifica por las condiciones del Estado de residencia habitual del menor, por su situación política, económica o de seguridad que supondría exponer al niño a un peligro grave. Este es el caso de países que se encuentran inmersos en un conflicto bélico, un desastre natural, una epidemia o en situación de hambruna.

La mayoría de los tribunales han interpretado de manera muy restrictiva el art. 13.I.b, rechazando la alegación del grave riesgo y restituyendo al menor a su país de residencia habitual en estos casos<sup>105</sup>. Así se interpretó en el caso *Re S.* (2002) del Tribunal de Apelación de Inglaterra donde se estudiaba el caso una menor que fue trasladada ilícitamente desde Israel a Inglaterra, en el que no se aceptó la alegación de grave riesgo expuesta por la sustractora con base, entre otras, en el peligro al que estaría expuesta la menor por las circunstancias del país en aquel momento<sup>106</sup> (se estaba dando la Segunda Intifada entre Palestina e Israel, que conllevó una oleada de violencia desde septiembre del año 2000 hasta 2005)<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> *Chalkley v. Chalkley*, del Tribunal de Apelación de Manitoba, Canadá (1995) [Ref. INCADAT: HC/E/CA 14]

<sup>104</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas...*, doc. cit., párr. 75, p. 33.

<sup>105</sup> CHÉLIZ INGLÉS M<sup>a</sup> del Carmen, *op.cit.*, p. 98.

<sup>106</sup> *Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm)* del Tribunal de Apelación de Inglaterra (2002) [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 469], p. 7

<sup>107</sup> En el mismo sentido encontramos la SAP Oviedo (Sección 4<sup>a</sup>) 104/2021, de 12 de enero (recurso de amparo 593/2020) [ECLI:ES:APO:2021:104] donde se resuelve un caso de sustracción de una menor

Uno de los pocos supuestos en los que se ha aceptado, fue en el caso *Re D.* del 25 de enero de 2006 del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales, donde se rechazó el retorno de dos menores de 5 y 7 años que habían sido sustraídas desde su residencia habitual situada en Venezuela a Inglaterra por la inestabilidad de su país de residencia. El Tribunal consideró que los diversos ataques dirigidos al padre y el tiroteo premeditado que había sufrido la madre en Venezuela en 2005 podrían poner a las menores en un grave riesgo en caso de retorno. Por lo tanto, el órgano falló rechazando el retorno de las menores a Venezuela por considerar que la situación de inestabilidad en la seguridad de dicho país tendría un impacto grave en el desarrollo de las menores<sup>108</sup>.

### 3.1.3. Medidas de protección

Las medidas de protección juegan un papel de suma importancia en los casos de sustracción internacional, ya que éstas son las que pueden garantizar la protección del menor y salvaguardar su interés superior. Las medidas abarcan un amplio abanico de servicios como la asistencia jurídica, financiera, de acceso a la vivienda, servicios de salud, incluso servicios de asistencia a víctimas de violencia doméstica, y son concretadas tras el análisis de cada caso<sup>109</sup>. Pero al adoptarlas, la Guía establece que los tribunales no deben exceder los límites de su competencia y deben limitarse a adoptar aquellas medidas que sean necesarias para mitigar el problema<sup>110</sup>.

En los casos en los que se alega una excepción al retorno grave estas medidas juegan un papel fundamental. Esto se debe a que en los casos en los que se verifique un grave riesgo, el interés del menor a ser restituido decae ante el interés superior del mismo a no sufrir ningún daño, pero si ese daño se puede evitar adoptando medidas de protección adecuadas, el juez podrá restituir al menor a su residencia habitual a pesar del grave riesgo. Aquí, las medidas de seguridad se convierten en la única herramienta que protege al niño del posible daño y esto hace que el juez tenga que analizar la idoneidad

---

desde Venezuela a España y donde se alega un grave riesgo por la situación económica de Venezuela para evitar la restitución. Esta alegación no se admite y se retorna a la menor a Venezuela (p.5).

<sup>108</sup> *Re D. (Article 13b: Non-return)* del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (2006) [Referencia INCADAT: HC/E/UK 818], § 34 y 36, pp. 6-7 y 19.

<sup>109</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas...*, doc. cit., párr. 43, p. 19.

<sup>110</sup> *Ibid.*, párr. 43, p. 19.

de estas medidas para decidir sobre el regreso o no del menor<sup>111</sup>. La búsqueda de este equilibrio entre retorno y bienestar del niño no es fácil de trasladar a la práctica, ya que los tribunales no siempre tienen garantías de que las medidas se cumplirán.

Entre los tipos de medidas que se adoptan para proteger al menor en los casos en los que se opta por la restitución a pesar del grave riesgo, podemos distinguir dos grandes grupos:

- Las medidas que adopta el Estado de residencia habitual del niño. Estas medidas son las que más garantías pueden ofrecer al juez que decide sobre la restitución, pues al ser adoptadas por el país donde el niño volverá podrán ser ejecutadas más fácilmente. Un ejemplo de estas medidas son las ordenes de puerto seguro o de retorno seguro que son aquellas órdenes dictadas “en el Estado requirente con el objetivo de resguardar el bienestar del menor a su regreso”<sup>112</sup>
- Las medidas de protección que adopta el Estado requerido. Dentro de ellas distinguimos:
  - Las medidas que se adoptan en el Estado en el que se encuentra el niño y que se toman como base por el Estado de residencia habitual para adoptar en éste una medida igual o similar. Estas medidas se conocen como “órdenes espejo” y son definidas como aquellas “órdenes idénticas o similares dictadas por los tribunales del Estado requerido y del Estado requirente” y que son “plenamente ejecutivas y efectivas en ambos Estados”<sup>113</sup>. Estas órdenes son típicas del derecho anglosajón y no suelen ser muy utilizadas en nuestro entorno. Pero a pesar de ello, se consideran una buena herramienta para proteger a los menores en los casos de grave riesgo, ya que estas órdenes no necesitan ser reconocidas en el Estado de residencia habitual del menor, pues es este mismo Estado el que las adopta y por tanto, se pueden ejecutar directamente (sin necesidad de *exequatur*).
  - Las medidas provisionales que se adoptan en el Estado en el que se encuentra el niño cuando el Estado de residencia habitual del menor no ha adoptado ninguna medida para protegerlo o no se sepa cuando la va a adoptar. Para que las

---

<sup>111</sup> En este sentido SCOTTI, Luciana B., BALTAR, *op.cit.*, p. 27 establece que la labor del juez está en “determinar si la adopción de alguna medida adecuada es susceptible de eliminar todo riesgo grave”.

<sup>112</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas...*, *doc. cit.*, anexo 1<sup>a</sup>, p. 2<sup>a</sup>.

<sup>113</sup> *Ibid.*, anexo 1<sup>a</sup>, p. 2<sup>a</sup>.

medidas adoptadas en el Estado donde se encuentre el niño sean ejecutadas en el país de residencia habitual, en general es necesario solicitar previamente una declaración de ejecutividad de las mismas en el Estado de residencia habitual para que adquieran carácter ejecutivo en este Estado. Si esta declaración de ejecutividad no se obtiene, en especial en los casos en los que no es posible para las medidas provisionales, las medidas no serán ejecutables en el Estado de residencia habitual del menor y éste quedaría desamparado ante un posible grave riesgo. En caso de que se obtenga la declaración de ejecutividad, en cambio, las medidas adoptadas en el Estado donde se encuentra el menor serán ejecutivas en el Estado de residencia habitual.

Por lo tanto, el principal problema de estas medidas es que su efectividad está condicionada a la obtención del exequátur, que no está garantizada y, aún en el caso de conseguirse, supone una excesiva dilación en el tiempo, que puede implicar una desprotección del menor a su regreso.

Esta incertidumbre puede ser en parte soslayada si existe un Convenio internacional sobre la materia en el que sean partes el Estado requirente y el Estado requerido. En la medida que incorpore una normativa común de reconocimiento y ejecución. Un ejemplo es el Convenio de la Haya de 1996, sobre competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. El Convenio, en su artículo 11.1, habilita al tribunal del Estado requerido a tomar las medidas necesarias para proteger al niño en casos de urgencia. Estas medidas serán plenamente reconocidas en el Estado de la residencia habitual del niño siempre y cuando ambos sean parte del Convenio y estarán en vigor hasta que se obtenga una resolución sobre el fondo del asunto relativo a la custodia en el Estado de residencia habitual del menor<sup>114</sup>. En cuanto a su ejecución, las medidas adoptadas serán ejecutables una vez obtenida la declaración de ejecutividad “a petición de cualquier parte interesada conforme al procedimiento previsto por la ley del Estado en que se solicita la ejecución”<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> REIG FABADO, Isabel, *El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: Retorno vs. Violencia Familiar o Doméstica*, párr. 15, p. 616, disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4142>; y art.11.2 y 11.3 del CLH 1996.

<sup>115</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas...*, doc. cit., párr. 48, p. 20 y art. 26 CLH 1996

Además de las medidas expuestas, los tribunales pueden admitir la adopción de compromisos voluntarios para lograr un retorno seguro, es el caso *Habimana v. Mukundwa* (2019)<sup>116</sup> relativo a dos menores sustraídos ilícitamente desde Hong Kong hasta Canadá. El tribunal falla acordando la restitución de los menores a Hong Kong tras los compromisos adquiridos por el padre (progenitor privado) para asegurar un retorno seguro. Entre los compromisos destacan la obligación de pagar el billete de avión de la madre y los hijos a Hong Kong, que desocupe la casa matrimonial y pagar voluntariamente los gastos necesarios de la madre y los hijos de acuerdo a la manutención. Normalmente estas medidas suelen ser asumidas por parte del progenitor privado del menor, pero esto no impide que el tribunal imponga esta exigencia a la parte sustractora, ya que la finalidad de estos compromisos no es otra que la de reestablecer de la forma más eficaz posible la situación de bienestar para el menor<sup>117</sup>. El problema de estos compromisos es principalmente que sean simplemente arreglos prácticos y que en la práctica sean difícilmente ejecutables e ineficaces en muchos casos<sup>118</sup>.

#### 3.1.4. Prueba y tratamiento procesal

Antes de adentrarnos a analizar las cuestiones procesales de la sustracción internacional de menores se debe resaltar que el CLH 1980 tiene pocas normas en ese aspecto y, por lo tanto, son las leyes internas del Estado requerido las que deben suplir estas lagunas.

##### A. Carga de la prueba

La carga de la prueba es una cuestión fundamental a la hora de analizar el grave riesgo, “pues la denegación de la restitución depende de que la existencia del riesgo grave quede convenientemente acreditada”<sup>119</sup>.

La carga de la prueba recae en la parte que se opone a la restitución, es decir, en la persona, institución u otro organismo que no quiere que el menor vuelva a su residencia

---

<sup>116</sup> *Habimana v. Mukundwa*, de la Corte Superior de Justicia de Ontario (2019) [Referencia INCADAT: HC/E/CA 1420]

<sup>117</sup> SCOTTI, Luciana B., BALTAR, *op.cit.*, p. 31.

<sup>118</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas...*, *doc. cit.*, párr. 46, p. 19.

<sup>119</sup> GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980*, 1ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 92.

habitual<sup>120</sup>. Como norma general, la parte que soporta esta carga suele ser el progenitor sustractor<sup>121</sup>.

En este sentido, para que el tribunal analice si en el caso concreto existe un grave riesgo, la parte que se opone a la restitución debe haber alegado la excepción del grave riesgo y soportar la carga de la prueba. A pesar de que el tribunal competente de conocer la restitución obtiene información y pruebas de oficio a cerca de las circunstancias sociales del menor en el Estado de su residencia habitual, la carga de probar la excepción del grave riesgo la debe sufrir la parte que no desea el regreso del menor<sup>122</sup>.

#### B. La importancia del tiempo

Dentro de los objetivos principales del CLH 1980 encontramos la gestión eficaz y rápida de los procesos de restitución para proteger el interés superior de los niños<sup>123</sup>. A raíz de ello, los tribunales se deben limitar a estudiar pruebas verdaderamente relevantes y tener en cuenta que la obtención dichas pruebas no pueden causar demoras. En este sentido, los tribunales deben restringir especialmente el uso de las pruebas periciales a los casos en los que sea imprescindible, ya que la intervención pericial puede prolongar el procedimiento de restitución e impedir la celeridad del procedimiento de restitución<sup>124</sup>. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales competentes deben sopesar si realmente es necesaria la prueba presentada y, de ser necesaria, admitirla sin que dicha prueba dilate en exceso el procedimiento, pudiendo en caso de las periciales establecer plazos para presentarla.

En el caso de que el tribunal analice si se aplica o no una de las excepciones de no retorno, el art. 13.III del CLH 1980 establece que “las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia

---

<sup>120</sup> Cuando el art. 13.I del CLH establece que “la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra”

<sup>121</sup> PÉREZ VERA, Elisa, *op. cit.*, párr 114, p. 32.

<sup>122</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas...*, *op. cit.*, párr. 51, p. 21.

<sup>123</sup> El art. 11 del CLH 1980 establece que “las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores”.

<sup>124</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas...*, *doc.cit.* párr. 177, p. 47.

habitual del menor”, pero sin demorar en exceso el proceso. En este sentido, el tribunal también debe tener en cuenta que no debe permitir que el progenitor sustractor amplíe deliberadamente el proceso de la investigación, provocando demoras y gastos adicionales en el proceso, lo que podría perjudicar tanto al menor como a la parte privada del menor.

Las pruebas tienen que ir siempre dirigidas a resolver cuestiones controvertidas sobre la restitución o no del menor<sup>125</sup>. Por lo tanto, en los procedimientos de restitución jamás se admitirán ni analizarán las pruebas dirigidas a esclarecer cuestiones a cerca del derecho de custodia.

### **3.2. Particularidades de la excepción de grave riesgo en el entorno UE: Correcciones del nuevo Reglamento al sistema vigente**

#### **3.2.1. Las medidas de protección adoptadas en el Estado de residencia habitual del menor como límite a la denegación del retorno**

##### **a) Reglamento 2201/2003**

Para los casos de sustracción internacional de menores entre Estados de la UE, se aplicará el CLH 1980 con las modulaciones introducidas por el RB II-bis. Una de estas modificaciones es la que afecta a la restitución de los menores en caso de alegarse el grave riesgo del art. 13.I.b del CLH 1980, ya que, en estos casos, tal y como indica el art. 11.4 del RB II-bis “los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor [...] si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”. En el CLH 1980, si existe un riesgo grave de exponer al niño a un peligro físico o psíquico o de ponerlo en una situación intolerable tras su regreso, el órgano jurisdiccional no tiene la obligación de devolverlo a su residencia habitual, a pesar de que implícitamente el Convenio reconozca que las medidas de protección actúen como límite a dicha discrecionalidad. En el RB II-bis, se establece expresamente que las medidas actúan como límite a la discrecionalidad del juez, en el sentido de que si el Estado requirente adopta medidas de protección que el juez del Estado requerido considera adecuadas para proteger al menor en caso de

---

<sup>125</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas...*, doc. cit., párr. 52, p. 21.

retorno, aun cuando se dé el grave riesgo del art. 13.I.b del CLH 1980, se restituirá al menor.

A la hora de aplicar el art. 11.4 del RB II-bis y optar por el retorno del menor a pesar de darse un grave riesgo, los tribunales competentes estudiarán los hechos concretos de cada caso. En este punto, se entenderá que se han adoptado las medidas adecuadas para proteger al niño cuando las autoridades del Estado de residencia habitual del menor hayan implantado medidas específicas y adecuadas al caso para el cuidado del menor<sup>126</sup>. Por lo tanto, no es suficiente con que en dicho Estado existan servicios de protección de menores en general, sino que se exige que se ejerzan acciones específicas para el caso concreto<sup>127</sup>.

Para que el juez del Estado requerido pueda evaluar si el Estado requirente ha adoptado medidas para proteger al menor, será vital la cooperación y transparencia entre las autoridades de ambos Estados, ya que, de otro modo, difícilmente podría el órgano jurisdiccional competente de resolver sobre la restitución devolver al menor a su residencia habitual<sup>128</sup>.

Por medio de este artículo 11.4, el Reglamento refuerza la regla general de restitución del menor en casos de sustracción internacional de menores y reduce a un mínimo estricto la aplicación de la excepción del grave riesgo del art. 13.I.b del CLH 1980, fortaleciendo la aplicación restrictiva del mismo<sup>129</sup>.

La motivación principal para la creación de este artículo por parte de la UE fue el hecho de que, en la práctica, en numerosas ocasiones, se veía que la parte sustractora dentro del procedimiento de restitución alegaba de forma abusiva el grave riesgo del art. 13.I.b del CLH 1980, con el propósito de alargar el procedimiento de restitución.

---

<sup>126</sup> Es lo que ocurre en el AAP Pontevedra (Sección 1ª) 133/2006, (recurso de apelación N° 473/2006) [Referencia INCADAT: HC/E/ES 887] donde se estudia el caso de un menor que se encontraba bajo la custodia de los servicios sociales franceses y que fue trasladado ilícitamente por su madre a España aprovechando su permiso de visitas con el menor. En este caso, la AP de Pontevedra estableció que no se daba la excepción del art. 13.I.b del CLH 1980 por el hecho de que el menor llevara ya 4 años viviendo en España, ya que en su estancia en el país habían sido los servicios sociales de la Xunta los que se habían hecho cargo de él y los mismos se habían mostrado favorables a que el menor regresase a Francia. Por otro lado, y en lo que a nosotros interesa, la AP también destacó en la p. 6 de su auto, que a pesar de que el grave riesgo del art. 13.I.b del CLH 1980 se hubiera dado, también se hubiera retornado al menor porque Francia ya había tomado las medidas adecuadas para proteger al menor: las instituciones francesas habían asumido la custodia del menor.

<sup>127</sup> Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *doc. cit.*, pp. 54-55.

<sup>128</sup> Véase epígrafe 3.2.2

<sup>129</sup> Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *doc. cit.*, p. 54.

Pero a pesar de sus buenas intenciones, este artículo ha sido objeto de numerosas críticas por centrar su atención en los adultos más que en los niños, cuyo interés ha de ser salvaguardado ante todo. La base del art. 11.4 RB II-bis es evitar alegaciones abusivas de progenitores que sustraen a sus hijos, optando por el regreso de los niños si se han adoptado las medidas de protección adecuadas en los casos de grave riesgo, con lo que se podría estar desprotegiendo al menor en caso de que las medidas no fueran eficaces con el único objetivo de evitar el uso fraudulento de la excepción hecho por los adultos. La motivación del art. 11.4 RB II-bis no se considera tan esencial como para desproteger el interés del menor<sup>130</sup>. En este sentido, PRETELLI argumenta que las alegaciones abusivas deben ser contenidas imponiendo sanciones adecuadas al caso y no dejando a un lado el interés superior del menor<sup>131</sup>.

Por otro lado, los críticos también alegan que el RB II-bis no especifica cuáles son las medidas adecuadas para proteger al niño, con lo que quedaría al arbitrio del Estado de residencia habitual del menor su adopción, sean o no éstos adecuados para el menor<sup>132</sup>. Esta no especificación se basa en la presunción de que los Estados de la UE aplican los mismos estándares de protección para los mismos casos. Pero esta presunción es algo irreal si tenemos en cuenta que cada Estado tiene sus propias leyes internas para regular las medidas de protección, por lo que, nada asegura que haya una igualdad de protección en los EEMM para casos similares.

Además, se objeta que el artículo no especifica a quién corresponde la carga de la prueba respecto de la adecuación de las medidas de protección adoptadas para eliminar

---

<sup>130</sup> BARNETT, Adrienne, “Eight Letters Submitted to the U.S. State Department and the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law about a Draft Guide for Article 13(1) (b) and Related Draft Documents that were circulated for comment prior to the October 2017 meeting of the Seventh Special Commission on the 1980 Hague Child Abduction Convention at The Hague”, disponible en <https://law.ucdavis.edu/faculty/bruch/files/Letters-re-Hague-Convention.pdf>, p.12 establece que no se ha encontrado apoyo empírico para afirmar que las mujeres hagan acusaciones de violencia doméstica para obtener una ventaja táctica y añade que esta cultura de incredulidad hacia la víctima de violencia doméstica puede exacerbar las dificultades que éstas ya experimentan a la hora de probar el abuso que han sufrido.

<sup>131</sup> PRETELLI, Ilaria, “Child abduction and return procedures” en *Recasting the Brussels IIa Regulation* (Compilation of briefings for the JURI Committee 8 November 2016), PE 571.383, p. 10 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL\\_STU%282016%29571383\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU%282016%29571383_EN.pdf)).

<sup>132</sup> VAN LOON, Hans, “The Brussels IIa Regulation: towards a review?” en *Cross-border activities in the EU- Making life easier for citizens* (Workshop for the JURI Committee 2015), p. 197, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL\\_STU\(2015\)510003\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf) y RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “La oposición al retorno del menor...”, *op. cit.*, p. 16.

el grave riesgo<sup>133</sup>, si el Estado requirente o el requerido, sino que se limita a confiar en la cooperación entre las autoridades. También se ha criticado la falta de claridad en cuanto al momento de apreciar el grave riesgo, si debe determinarse éste antes de analizar las medidas adoptadas o *a posteriori*<sup>134</sup>. Pero si atendemos al Proyecto de la Guía de la Buenas Prácticas del art. 13.I.b del CLH 1980, vemos que ambos modos de analizar el grave riesgo son posibles y que utilizar una u otra no debería modificar el resultado<sup>135</sup>.

Por último, se ha resaltado que al establecer el art. 11.4 del RB II-bis, la UE no estudió los graves efectos que éste podría tener en los casos de violencia doméstica. Si en estos casos no se estudiara el grave riesgo que pudiera sufrir el menor y se confiara a ciegas en las medidas de protección del Estado de origen, las consecuencias para el menor o el progenitor sustractor, en caso de que dichas medidas no fueran eficaces, podrían ser fatales. Ruiz Sutil establece que “el retorno de las y los hijos en casos de violencia de género no puede quedar minimizado a la mera existencia de medidas de protección, porque ello no garantiza el interés superior de la persona menor”<sup>136</sup>. En este sentido, un estudio de mujeres y menores maltratados que huyen en busca de seguridad a otro país revela que casi la mitad de las mujeres y niños que fueron retornados a su residencia habitual sufrieron de nuevo violencia doméstica y que la mayoría de medidas adoptadas por el órgano jurisdiccional competente del retorno no eran ejercidas en el Estado de residencia habitual<sup>137</sup>.

Por todo ello, a la doctrina no le falta razón en sus argumentos, pues de optar por la restitución del menor a su residencia habitual y consumarse el grave riesgo alegado en el procedimiento de restitución, a pesar de las medidas de protección adoptadas, habría que volver a crear un entorno adecuado para garantizar el interés superior del menor por no haber sido éste protegido como debía anteriormente. La reconstrucción de una vida estable para el niño podría prolongarse durante años, dada la lentitud de la justicia y las administraciones públicas, con lo que la situación de gravedad del menor podría

---

<sup>133</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “La oposición al retorno del menor...”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>135</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas...*, *op.cit.*, párrs. 114-121, pp. 26-27.

<sup>136</sup> RUIZ SUTIL, Carmen, *op.cit.*, párr. 53, p. 637.

<sup>137</sup> EDLESON, Jeffrey L; LINDHORST, Taryn; MEHROTRA, Gita; VESNESKI, William; LOPEZ, Luz; SHETTY, Sudha, *Multiple perspectives on battered mothers and their children fleeing to the United States for safety: A study of Hague Convention cases* (Final Report, National Institute for Justice, 2010), p.x.

enquistarse afectando seriamente su futuro<sup>138</sup>. Esta situación, a todas luces, no cumpliría con el objetivo de preservar el interés superior del niño, con lo que, lo más sensato sería optar por modificar este artículo para que los órganos competentes pudieran analizar si existe un grave riesgo o no en cada caso, y adoptar una decisión de retorno en base a ello y no en base a las medidas de protección adoptadas, cuya eficacia está únicamente en manos del Estado de residencia habitual.

### **b) Reglamento 2019/1111**

La aplicación de la excepción del grave riesgo en el Reglamento 2019/1111 se regula en su art. 27.3: “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”.

Con la redacción de este nuevo artículo, la UE pretende hacer frente a las numerosas críticas suscitadas con su precedente art. 11.4 del RB II-bis, pero sin dejar a un lado la idea principal de reforzar la restitución de los menores y reducir la aplicación de la excepción del grave riesgo cuando el Estado requirente sea capaz de proteger al menor.

Por un lado, el legislador cambia el término “medidas” por “disposiciones”, lo que no parece introducir un gran cambio en el sistema, ya que el alma de ambas palabras sigue siendo la misma: proteger al menor en caso de retorno donde se alegue un grave riesgo. Pero lo que sí hace el nuevo Reglamento 2019/1111 es introducir una lista ilustrativa de las posibles disposiciones a adoptar para proteger al menor entre las que se encuentran: una orden de un órgano jurisdiccional que prohíba al demandante acercarse al menor, o una medida provisional o cautelar que permita al menor permanecer con el

---

<sup>138</sup> FREEMAN, Marilyn, “Effects and Consequences of Child Abduction” in *The Child Perspective in the context of the 1980 Hague Convention* (Workshop of the 40th Anniversary of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction October 2020), PE 659.819, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL\\_IDA\(2020\)659819\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL_IDA(2020)659819_EN.pdf), p. 9.

progenitor que lo ha sustraído y que asume su cuidado efectivo hasta que se adopte una resolución sobre los derechos de custodia<sup>139</sup>.

Por otro lado, la duda respecto a la carga de la prueba de que se haya dispuesto lo necesario para proteger al niño, se aclara estableciendo que la carga la debe soportar la parte que solicita la restitución del menor, aunque no se niega la posibilidad de que el órgano jurisdiccional competente pueda tener noticias de ello por otras vías<sup>140</sup>. En este sentido, el considerando 45 *in fine* establece que el tribunal que pretenda restituir al menor en base al art. 27.3, deberá recabar información acerca de los servicios de protección adoptados por el Estado de residencia habitual del menor dirigiéndose primero a las partes y, si es necesario, solicitar la asistencia de las autoridades centrales o de jueces de una red (como la RJE-civil y la Red Internacional de Jueces de la Haya).

A pesar de que las novedades introducidas sean un paso adelante en la más detallada regulación de la excepción del grave riesgo entre EEMM, no ha conseguido hacer frente a todas las problemáticas que se han suscitado. Entre ellas, la norma sigue sin homogeneizar las disposiciones que protegen al menor en los EEMM, ejemplifica algunas medidas, pero no establece un sistema común para toda la UE que garantice la eficacia e igualdad de estas medidas en todos los EEMM. Además, el artículo sigue sin estudiar específicamente el grave riesgo en caso de violencia doméstica, lo trata como un riesgo grave más a pesar de que su aplicación favorezca, en muchos casos al maltratador, y sus consecuencias puedan ser fatales cuando las medidas de protección no sean eficaces.

Para llevar a cabo la aplicación más efectiva posible de la excepción del grave riesgo, el Reglamento 2019/1111 recoge un artículo específico que destaca la importancia de la cooperación entre las autoridades ante casos de secuestro internacional, lo que supone una novedad respecto al RB II-bis, donde no se establecía una cooperación específica para estos supuestos. El artículo pretende facilitar a los tribunales la constatación de que se hayan adoptado las medidas necesarias para garantizar la protección del menor tras su restitución sobre todo en los casos de grave riesgo.

---

<sup>139</sup> Considerando 45 del Reglamento 2019/1111.

<sup>140</sup> FORCADA MIRANDA, Francisco J., *op. cit.*, p. 245 y RODRIGUEZ PINEAU, Elena, *El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 11

Esta idea, formulada ya en la Propuesta de 30 junio de 2016, es plasmada con el art. 27.4, justo después del artículo que habla sobre el retorno del menor en casos de grave riesgo. Este art. 27.4 del Reglamento 2019/1111, permite al órgano jurisdiccional comunicarse con “las autoridades competentes del EM en el que residiera habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado o retenciones ilícitas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86 o asistido por autoridades centrales” (a través, por ejemplo de los sistemas de cooperación establecidos en las redes judiciales como la RJE-civil y la Red Internacional de Jueces de la Haya).

Con el artículo, el legislador intenta enfatizar en la idea de la cooperación entre las autoridades de los EEMM en los secuestros internacionales para conseguir una aplicación más efectiva de las medidas de protección tras el retorno del niño en los casos de grave riesgo.

### **3.2.2. Eficacia de las medidas provisionales de los órganos jurisdiccionales del EM donde se encuentra el menor**

Como hemos podido observar, la adopción de medidas de protección en los casos de grave riesgo es imprescindible en ambos Reglamentos de la UE si se opta por la restitución del menor. Junto a las medidas que se tomen en el Estado de residencia habitual del menor, ya tratadas, cabe preguntarse por el papel que en esa protección pueden jugar las medidas provisionales adoptadas por el EM donde se encuentra el menor, en particular respecto a su eficacia cuando el niño retorne.

Cuando las medidas para proteger al menor en caso de retorno con un posible grave riesgo se adopten por el Estado de residencia habitual del niño, no habrá ningún problema en la ejecución de estas. Pero si las medidas que pretenden proteger al menor tras su regreso se adoptan por el Estado donde fue sustraído el menor, el carácter vinculante de éstas en el Estado de residencia habitual del menor puede quedar limitado por la necesidad de obtener el exequátur<sup>141</sup>.

El art. 20 del RB II-bis permite que los Estados requeridos adopten, en casos de urgencia, las medidas provisionales previstas en su legislación, lo que se entiende

---

<sup>141</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “La Refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69/1, Madrid, 2017, DOI: <http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.1.05>, p. 162.

posible también en los casos de sustracción, a pesar de que el artículo no lo mencione expresamente<sup>142</sup>. En su apartado segundo añade que estas medidas estarán en vigor hasta que el EM competente para conocer el asunto tome las medidas adecuadas para la protección del niño.

Las medidas son adoptadas por un órgano jurisdiccional de un EM en base al art. 20 RB II-bis, es decir, que no se adoptan sobre la base de competencias que otorgan las reglas relativas a la competencia sobre el fondo del RB II-bis. Por ello, el TJUE considera que las medidas provisionales adoptadas sobre la base del art. 20 RB II-bis no pueden ser reconocidas o ejecutadas en otros EEMM con arreglo al art. 21 y ss. del Reglamento<sup>143</sup>. No obstante, el RB II-bis no impide que las medidas provisionales se reconozcan o ejecuten en el Estado de residencia habitual del menor en virtud de procedimientos de su Derecho interno (obteniendo en primer lugar una declaración de ejecutividad y después ejecutando la medida), en particular cuando existan convenios multilaterales o bilaterales de los que son partes los Estados miembros afectados<sup>144</sup>.

Con el objetivo de dar solución a este tipo de problemas, el Reglamento 2019/1111 incluye como novedad el art. 27.5. Este artículo no tiene precedente en el RB II-bis y hace posible que el órgano jurisdiccional competente de conocer sobre el retorno pueda dictar medidas provisionales de conformidad con el art. 15 en relación con el art. 2.1.b)<sup>145</sup> para proteger al menor del grave riesgo del art. 13.I.b CLH 1980 en los casos que se ordene la restitución del menor, y siempre que estas medidas no retrasen la restitución<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> El art. 20 RB II-bis establece que: “En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo”.

<sup>143</sup> GONZÁLEZ MARIMÓN, María, “La libre circulación de resoluciones en la UE en el caso de la sustracción internacional de menores”, *Revista Justicia & Derecho*, vol. 3, núm. 2, Universidad Autónoma de Chile, 2020, p. 8 y STJUE, *Bianca Purrucker contra Guillermo Vallés*, C-256/09 (2010) [ECLI:EU:C:2010:437], § 83.

<sup>144</sup> TJUE, Conclusiones del Abogado General, *Bianca Purrucker contra Guillermo Vallés*, C-256/09 (2010) [ECLI:EU:C:2010:296], 2ª conclusión.

<sup>145</sup> El art. 2.1.b) del Reglamento 2019/1111 establece que serán resoluciones: las “medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento para conocer en cuanto al fondo del asunto o de las medidas ordenadas de conformidad con el artículo 27, apartado 5, en relación con el artículo 15.”

<sup>146</sup> FORCADA MIRANDA, Francisco J., *op. cit.*, p. 248.

Por lo tanto, en caso de urgencia, el órgano jurisdiccional que conoce del retorno de un menor podrá adoptar las medidas de protección que estime necesarias para protegerlo del grave riesgo que pueda sufrir al ser restituido a su residencia habitual y estas medidas serán ejecutables en el Estado requirente sin necesidad de exequátur, ya que el Reglamento establece la ejecutividad automática para todas las resoluciones relativas a la responsabilidad parental. Para que estas medidas puedan ser ejecutadas en el Estado de residencia habitual del niño, el órgano jurisdiccional que adopta las medidas debe informar de las mismas, directamente o por medio de las autoridades centrales, al órgano jurisdiccional del EM competente para conocer del fondo del asunto<sup>147</sup>.

Las medidas provisionales adoptadas para proteger el interés superior del menor de un grave riesgo del art. 13.I.b del CLH 1980, permanecerán en vigor hasta que un órgano jurisdiccional del EM de residencia habitual del menor tome las medidas que considere apropiadas al fondo del asunto, tal y como ocurría con el RB II-bis<sup>148</sup>.

El artículo 27.5, supone un paso adelante en el reconocimiento y ejecución de medidas provisionales adoptadas por el Estado que conoce sobre la restitución del menor, pero sigue sin dar solución al hecho de que sean las autoridades del EM de la residencia habitual de menor las que deciden en última instancia sobre la protección del menor. Este hecho causa una gran inseguridad a los menores e incluso a las víctimas de violencia, ya que estos sujetos serían protegidos al retornar, pero no tendrían la garantía de lo que pueda resolver la autoridad competente para conocer el fondo del asunto. Esta última podría quitarles la protección establecida por el órgano que resolvió acerca de la restitución o implantar medidas de protección más laxas, lo que podría suponer un gran problema para los menores.

La violencia de género acrecienta aún más este problema, ya que numerosas estadísticas demuestran que en estos casos la peligrosidad de los abusos crece tras una separación y que las medidas, como las órdenes de alejamiento o de mantener una vivienda separada, son generalmente ineficaces contra un abusador que está decidido a

---

<sup>147</sup> Considerando 30 del Reglamento 2019/1111.

<sup>148</sup> PUIG BLANES, Francisco de Paula, “Aproximación al Tratamiento de la Sustracción Internacional de Menores en el Reglamento UE 2019/1111”, *Asociación Profesional de la Magistratura* 3.9., pp. 9-10.

recuperar el control y tomar represalias contra la sustractora<sup>149</sup>. Ante esta realidad, cuando las víctimas se ven obligadas a volver al país donde sufrieron un control coercitivo con la única protección de unas medidas que pueden ser revocadas en un futuro por el órgano que resuelve sobre la custodia del menor, se crea un ambiente de incertidumbre difícilmente soportable. Además, el retorno hace que las mujeres y niños se vean obligadas a revivir experiencias traumáticas y a ser nuevamente victimizadas en un proceso de custodia en el que tienen que volver a demostrar ser víctimas de violencia para salvaguardar el interés superior de su hijo. Todo ello, deja claro que los legisladores europeos siguen sin entender la dinámica y los efectos de la violencia doméstica y vuelven a caer en el error de no estudiarla específicamente, cerrando los ojos a una evidencia cada vez más palpable a nuestro alrededor.

### 3.2.3. Alcance del mecanismo de prevalencia en relación con la excepción de grave riesgo

Los órganos jurisdiccionales del EM al que haya sido trasladado el menor son competentes para conocer el procedimiento de restitución y tras analizar el caso, el órgano puede oponerse a la restitución en base a alguno de los motivos del art. 13 CLH 1980. La decisión de no retorno deberá comunicarse a las autoridades del país de la residencia habitual del menor. Este Estado, al ser el competente para conocer del fondo del asunto, podrá posteriormente adoptar una decisión que implique el retorno del menor y en estos casos, la decisión de retorno prevalecerá sobre la de no retorno del Estado requerido. Por ello, se dice que EM competente para la cuestión de la custodia es el que tiene la “última palabra” acerca del retorno del menor<sup>150</sup>.

A pesar de que el RB II-bis no lo especifique, el mecanismo de prevalencia se enmarca principalmente en dos posibles casos:

- a) El primero es que, tras el dictado de la resolución de denegación de restitución, un órgano jurisdiccional del EM en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado ilícito ya conozca del procedimiento para examinar el fondo del derecho de custodia pero que aún no haya dictado una resolución.

---

<sup>149</sup> BARNETT, Adrienne, *op. cit.*, pp. 19-20.

<sup>150</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna, “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”, *InDret*, Barcelona, 2004, pp. 13-14.

- b) El segundo es que tras el dictado de la resolución de denegación de restitución, el órgano jurisdiccional del EM en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado ilícito no esté conociendo del procedimiento para examinar el fondo del derecho de custodia. En estos casos, la autoridad del Estado requirente que reciba la información acerca de la no restitución del menor deberá notificar a las partes e invitarlas a iniciar un procedimiento que examine la cuestión de la custodia del menor en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación.

Cuando el órgano competente para conocer la cuestión de fondo dicta una decisión solicitando la restitución del menor esta decisión será inmediatamente reconocida y ejecutiva en el Estado donde se encuentre el menor tras el secuestro, siempre y cuando la decisión esté certificada conforme a los modelos que incluye el Reglamento<sup>151</sup>. Esto se debe a que el art. 42 del RB II-bis prevé la eliminación del exequátur para las resoluciones de restitución emitidas conforme al art. 11.8 del Reglamento<sup>152</sup> y por tanto, éstas podrán ser ejecutadas en el país donde se encuentre el niño como si se tratara de decisiones nacionales de ese país. Los únicos límites que establece el RB II-bis a esta ejecución directa son los recogidos en el apartado segundo del art. 42 que son los siguientes: haber dado audiencia al menor en el procedimiento a no ser que ésta no se considerara conveniente<sup>153</sup>, haber dado a las partes posibilidad de audiencia y que el órgano jurisdiccional haya tenido en cuenta las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del art. 13 CLH 1980 al dictar su resolución.

Una vez expedido por parte del Estado de residencia habitual del menor el certificado habiendo constatado que se han cumplido las condiciones del art. 42.2, el órgano jurisdiccional del EM de ejecución no puede sino constatar la fuerza ejecutiva de la resolución certificada, no pudiendo oponerse al reconocimiento y a la ejecución automática de la resolución<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna, *op.cit.*, p. 14.

<sup>152</sup> GONZÁLEZ MARIMÓN, María, *op.cit.*, p. 9.

<sup>153</sup> Es necesario señalar que el derecho del menor a ser oído no requiere que se lleve a cabo necesariamente una audiencia ante el juez del Estado miembro de origen, sino que exige poner a disposición de ese menor los procedimientos y condiciones legales que le permitan expresar libremente su opinión y que ésta sea considerada por el juez.

<sup>154</sup> STJUE, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz*, C-491/10 PPU, de 22 de diciembre de 2010 [ECLI:EU:C:2010:828], § 48-55.

Muchos autores han criticado la total eliminación del exequátur de estas resoluciones, sin dar posibilidad de oposición en el Estado donde se pretenden ejecutar. Entienden que es una medida para la cual la UE no está preparada, pues aún queda mucho por hacer para conseguir una correcta armonización de las normas procesales y materiales, y así conseguir legislaciones nacionales más homogéneas de los EM que sean capaces de dar soluciones similares ante casos parecidos<sup>155</sup>.

Los críticos destacan que la justificación dada para el establecimiento del mecanismo de prevalencia es que la resolución posterior de regreso del menor cumple mejor con el objetivo de proteger el interés superior del mismo, dado que la regla general en caso de sustracción es la restitución. Sin embargo, que el juez de origen tenga la última palabra respecto de la restitución, sin poder alegar un motivo de oposición de la ejecución basado en el orden público o en el interés superior del menor para impedirlo, puede desencadenar problemas en torno a la protección de los derechos fundamentales del menor<sup>156</sup>.

Por otro lado, el mecanismo de prevalencia, también causa una gran inseguridad jurídica tanto a los menores como a los progenitores sustractores. Ya que la decisión de no restitución del Estado requerido, puede ser sustituida en cualquier momento por una resolución de retorno del Estado de residencia habitual del niño sin dar posibilidad al Estado requerido de alegar nada al respecto. Esto puede tener graves consecuencias en los casos en los que el no retorno se argumenta por un grave riesgo, ya que si las medidas de protección no son efectivas el menor podría sufrir consecuencias fatales tras su retorno.

A pesar de los problemas que este sistema plantea, el nuevo Reglamento 2019/1111 no introduce grandes cambios al mecanismo de prevalencia del antiguo RB II-bis. El nuevo mecanismo de prevalencia está recogido en el art. 29 del Reglamento 2019/1111, que establece que aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el art. 13I.b o en el art. 13.II del CLH de 1980<sup>157</sup>, o en ambos, cualquier resolución judicial posterior a cerca del derecho de custodia que ordene la

---

<sup>155</sup> ESPINOSA CALABUIG, Rosario, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, 1ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 223.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 352.

<sup>157</sup> Con esta especificación se limitan los supuestos para la aplicación del mecanismo de prevalencia a los casos en los que se haya rechazado el retorno en base al art. 13.I.b o/y 13.II CLH 1980.

restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente Reglamento será directamente ejecutiva.

En este caso, el Reglamento 2019/1111 especifica en los arts. 29.3 y 29.5 que hay dos posibilidades de obtener una resolución sobre el fondo del asunto:

- a) La primera es que, tras el dictado de la resolución de denegación de restitución, un órgano jurisdiccional del EM en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado ilícito ya conozca del procedimiento para examinar el fondo del derecho de custodia<sup>158</sup>.
- b) La segunda es que, tras el dictado de la resolución de denegación de restitución, el órgano jurisdiccional del EM en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado ilícito no esté conociendo del procedimiento para examinar el fondo del derecho de custodia. En estos casos, en 3 meses a partir de la notificación de la resolución denegatoria del retorno, una de las partes puede presentar el asunto ante un órgano jurisdiccional del EM en el que el menor residía habitualmente antes del traslado ilícito para que dicho órgano examine el fondo del derecho de custodia<sup>159</sup>.

El nuevo Reglamento mantiene el régimen privilegiado de ejecución de las resoluciones que ordenen la restitución del menor obtenidas mediante el mecanismo de prevalencia. Los arts. 42 y ss. establecen el régimen especial de las resoluciones denominadas “privilegiadas”. El sistema es similar al del RB II-bis, con la única diferencia de que se admite la posibilidad de oponerse a la ejecución en el caso de las resoluciones irreconciliables del art. 50<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> En estos casos, el órgano que denegó la restitución, transmitirá, en el plazo de 1 mes a partir de la fecha de la resolución denegatoria al órgano jurisdiccional de ese EM a) una copia de la resolución (obligatorio); b) el certificado expedido conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 29 (obligatorio); y c) si procede, un acta, una transcripción o un resumen de la vista ante el órgano jurisdiccional y cualquier otro documento que considere pertinente (no obligatorio), tal y como establece el Considerando 50 y art. 29.3 del Reglamento 2019/1111 y FORCADA MIRANDA, Francisco J., *op.cit.*, p. 262.

<sup>159</sup> Considerando 51 y art. 29.5 del Reglamento 2019/1111.

<sup>160</sup> El art. 50 del Reglamento 2019/1111 establece que: “Se denegarán el reconocimiento y la ejecución de una resolución contemplada en el artículo 42, apartado 1, en los casos y en la medida en que sea irreconciliable con una resolución posterior en materia de responsabilidad parental que afecte al mismo menor que fue dictada: a) en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento; o b) en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor siempre que la resolución posterior reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento.”

También incluye como novedad en este punto el art. 56.4 del Reglamento 2019/1111, que abre la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución en caso de que éste “exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias”. Esta ejecución se reanudará en cuanto deje de existir tal riesgo para el menor y solo cuando el riesgo perviva y tenga carácter duradero se podrá denegar la ejecución<sup>161</sup>.

Si trasladamos este artículo a las resoluciones obtenidas por vía del mecanismo de prevalencia, vemos que el legislador europeo está intentando revocar la supresión del exequátur que se había establecido en el RB II-bis. Gracias a este artículo, en casos excepcionales en los que el interés superior del menor recomiende su no restitución, el Estado requerido contará con un cierto margen de maniobra para frenar la ejecución de la orden de retorno<sup>162</sup>.

Sin embargo, a pesar de que este artículo parezca una buena herramienta para proteger el interés superior del menor en casos excepcionales, habrá que esperar a su aplicación práctica para ver sus verdaderos efectos. Hay que tener en cuenta que el hecho de que la decisión obtenida por un mecanismo de prevalencia pueda no ejecutarse, puede suponer mayor inseguridad jurídica para los casos de sustracción, donde una resolución no aseguraría su cumplimiento.

#### **4. Conclusiones**

El procedimiento de restitución en los casos de secuestro internacional de menores tiene un denominador común que nace del CLH 1980, el retorno del menor como regla general y la aplicación restrictiva del grave riesgo. A lo largo de los años, esta regla ha causado problemas a la hora de su aplicación y de un tiempo a esta parte estos problemas han aumentado por la inadaptación entre la regulación y la evolución de la sociedad.

---

<sup>161</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, *El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 11.

<sup>162</sup> GONZÁLEZ MARIMÓN, María, *op.cit.*, p. 9.

El grave riesgo es definido en el CLH 1980 de manera muy genérica con el objetivo de permitir evaluar caso por caso los posibles daños que pueda sufrir un menor tras su regreso. El hecho de que existan diversas causas que puedan provocar un daño al menor hizo que los legisladores optaran por una definición genérica para poder abarcar la mayoría de casos en los que el menor ha de ser protegido.

Pero la definición genérica que los instrumentos normativos dan a la excepción del grave riesgo unida a la aplicación restrictiva del mismo, hace que la discrecionalidad de los jueces a la hora de su aplicación aumente. Ello provoca que de un Estado a otro e incluso dentro de un mismo Estado los jueces tomen decisiones distintas a la hora de apreciar la excepción del grave riesgo, como se recoge en la jurisprudencia analizada en este trabajo. Además, la discrecionalidad hace que los tribunales sean reacios a incluir nuevas circunstancias dentro de la excepción del grave riesgo. El caso más llamativo es el de la violencia de género, ya que en la mayoría de los casos donde se alega es rechazado por los jueces y éstos suelen evitar establecer una interconexión entre la violencia contra la mujer y la excepción del grave riesgo para el menor.

La jurisprudencia no es unánime, por lo que cada alegación de excepción de grave riesgo es estudiada de manera pormenorizada por cada juez que resuelve el caso. El análisis riguroso de la posible excepción es de suma importancia, tal y como ha resaltado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que la protección del menor es el objetivo prioritario. Pero el estudio de la excepción del grave riesgo no debe dilatarse mucho en el tiempo, ya que de otro modo se corre el riesgo de que el menor quede integrado en el país a donde fue sustraído.

El estudio individualizado puede suponer que el juez tenga menos presión y pueda ser más objetivo a la hora de aceptar o rechazar la excepción. Pero la discrecionalidad del análisis también provoca inseguridad jurídica en las partes del procedimiento, ya que el hecho de que la alegación de la excepción pueda ser aceptada o no en base al criterio de cada juez, da poca certeza acerca del destino del menor.

Vista la dificultad de aplicación de la excepción del grave riesgo, conciliar la restitución del menor y la protección del mismo sobre los posibles daños que le pueda acarrear su regreso no es una tarea fácil. En este equilibrio, tienen una labor de suma importancia las medidas de protección que se adoptan para asegurar un retorno con

garantías de que el niño no vaya a sufrir ningún daño. Las medidas suponen una herramienta útil para llevar a cabo la regla general de retorno del menor, y así adoptar la excepción del grave riesgo de manera restrictiva, sólo cuando las medidas no sean eficaces para frenar el posible grave riesgo del menor tras su retorno. Pero en muchas ocasiones su efectividad se pone en entredicho para hacer frente a posibles daños que puedan ser fatales para el menor como es el caso de la violencia doméstica o el riesgo para la salud del niño.

La crítica hacia el papel protector de las medidas se acentúa cuando éstas son adoptadas por el Estado de donde se encuentra el menor y el Estado de residencia habitual no ha adoptado ninguna, ya que en estos casos, la eficacia de las medidas estará condicionada a que el Estado de residencia habitual reconozca su ejecutividad. Todo ello, hace que evaluar la eficacia de las medidas sea más una cuestión de confianza que de certeza y en los casos donde está en peligro la seguridad de un menor no se debería dejar todo en manos del posible buen hacer de otro país. Además, el hecho de que las medidas de protección estén en vigor solo hasta la fecha de la resolución definitiva sobre el derecho de custodia del menor también causa una gran inseguridad. El progenitor sustractor y el menor se ven obligados a retornar a la residencia habitual de éste con la única esperanza de que unas medidas de protección les mantengan alejados de un posible riesgo hasta la fecha de la sentencia que decida sobre el fondo del asunto. Pero el hecho de que las medidas puedan ser recortadas por el juez del Estado que decida sobre la custodia del menor agrava la situación de éstos y les causa angustia por la incertidumbre de su destino.

A consecuencia de ello, se está viendo un creciente movimiento de los jueces para interpretar de forma menos restrictiva el grave riesgo y cuestionarse la eficacia de las medidas de protección a ejecutar en el Estado de residencia habitual. Pero a pesar de ello, aún son muchos los tribunales que interpretan de forma muy restrictiva la excepción del grave riesgo y optan por el retorno confiando en las medidas de protección del país de residencia habitual del menor.

Ambas posturas tienen aspectos positivos y negativos. Si se optara por una aplicación menos rígida del interés superior del menor, analizando de forma minuciosa el grave riesgo y tomando una decisión acerca de la restitución en base a las circunstancias del caso y no en base a la restitución como norma general y las medidas de protección, se

obtendrían resoluciones que protegerían mejor al menor y que se adaptarían mejor al caso particular. Pero con esta idea se corre el riesgo de que el procedimiento de restitución se dilate mucho en el tiempo y que el menor quede integrado en un nuevo Estado, lo que podría suponer un daño a su interés superior si al final se resuelve el caso restituyendo al menor.

En cambio, si se optara por mantener la interpretación rígida del interés superior del menor y por la restitución como regla general, se protegería al menor de manera más eficaz cuando el retorno es la mejor solución al caso. Pero supondría la aparición de carencias en los casos en los que se alega la excepción de grave riesgo y ésta no se adopta en base a la discrecionalidad del juez y a la efectividad de unas posibles medidas de seguridad. Ya que si con posterioridad se acredita que las medidas no fueron eficaces para proteger al menor y el daño hacia éste se consuma, el niño sufriría una vulneración de sus derechos por no haber analizado de forma adecuada el posible grave riesgo y la efectividad de las medidas.

Las dificultades de aplicación del CLH 1980 se ven acentuadas en el RB II-bis, ya que a los problemas de interpretación del grave riesgo y la eficacia de las medidas de protección se le une el hecho de que se deja en manos del Estado requirente la última palabra acerca de la restitución del menor. Pues a pesar de haber obtenido una sentencia de no retorno basada en el art. 13 CLH 1980 en el Estado requerido, nada les protege de la posterior decisión del Estado requirente sobre el fondo del asunto que implique la restitución del menor. La resolución sobre el derecho de custodia que conlleve la restitución será ejecutada directamente en el Estado donde se encuentre el niño sin que las autoridades de dicho país puedan alegar nada para impedir el regreso del menor. Por consiguiente, la decisión de no retorno del Estado requerido será provisional y tanto el menor como el progenitor sustractor tendrán que esperar a la decisión del Estado requirente sobre el fondo para poder tener plena seguridad de que no se les obligará a regresar al Estado de origen.

El nuevo Reglamento 2019/1111 introduce importantes novedades relativas al secuestro internacional, pero en lo que concierne al grave riesgo, el legislador europeo se ha limitado a dar pequeñas pinceladas para dar una solución paulatina a los problemas que durante estos años se han planteado al respecto. El nuevo Reglamento sigue estableciendo que si el Estado requirente adopta las “disposiciones” necesarias

para proteger al menor, aun cuando se alegue el grave riesgo, se optará por el retorno. En este sentido una novedad incluida por el Reglamento es un listado de medidas de protección, pero este listado no deja de ser algo ilustrativo que sigue sin dar una respuesta exacta a la incertidumbre del juez a la hora de evaluar la efectividad de las medidas. Además, el Reglamento sigue limitando la eficacia de estas medidas hasta el momento de obtener una sentencia sobre el fondo del asunto. La mayor novedad respecto a las medidas de protección la encontramos en los casos en los que se opta por el retorno en base únicamente a las medidas de protección adoptadas en el Estado requerido, ya que con el nuevo texto éstas pasarán a ser directamente ejecutables en el Estado de residencia habitual del menor (aunque parcialmente cabe oposición), sin necesidad de *exequatur*, lo que evita la situación de desamparo del menor tras su regreso.

Las novedades introducidas por Reglamento 2019/1111 parecen prometedoras y pueden resolver algunos de los problemas que el anterior RB II-bis planteaba en torno al grave riesgo. Habrá que esperar a su entrada en vigor y a su aplicación práctica para ver sus verdaderos efectos.

Por todo ello, podemos concluir que el grave riesgo sobre el retorno del niño es un hecho que debería analizarse minuciosamente y sin la presión de una regla general que opte por el retorno del menor. Ya que un grave riesgo es grave, existan o no medidas de protección y debemos ser conscientes de que siempre hay una probabilidad, por pequeña que sea, de que esas medidas no sean eficaces y causen al menor un daño. Atendiendo a ello y teniendo en cuenta que la razón debería de ser el alma de toda norma, el retorno o no de un menor debería analizarse siempre atendiendo a las circunstancias concretas y de manera que el juez pueda optar por la decisión más adecuada para el menor, sin la obligación de retorno como idea central amparada por las medidas de protección.

## 5. Bibliografía y documentación

### 5.1. Bibliografía

ARMSTRONG, Sarah; LOWE, Nigel; MATHIAS Anest, *Statistical Analysis of Applications made in 1999 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction- Part I*, Prel. Doc. N° 3 of November 2001, available in: [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

BARNETT Adrienne, *Eight Letters Submitted to the U.S. State Department and the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law about a Draft Guide for Article 13(1) (b) and Related Draft Documents that were circulated for comment prior to the October 2017 meeting of the Seventh Special Commission on the 1980 Hague Child Abduction Convention at The Hague*, disponible en <https://law.ucdavis.edu/faculty/bruch/files/Letters-re-Hague-Convention.pdf>.

BEAMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E., “The Hague Convention on international child abduction”, *Oxford University press*, 1999.

CHÉRIZ INGLES M<sup>a</sup> del Carmen, *La sustracción internacional de menores y la mediación retos y vías prácticas de solución*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

CALVO CARAVACA, A. Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional Privado*. Vol. II. 18<sup>a</sup> ed., Ed. Comares, Granada, España, 2018.

EDLESON, Jeffrey L; LINDHORST, Taryn; MEHROTRA, Gita; VESNESKI, William; LOPEZ, Luz; SHETTY, Sudha, *Multiple perspectives on battered mothers and their children fleeing to the United States for safety: A study of Hague Convention cases* (Final Report, National Institute for Justice, 2010).

ESPINOSA CALABUIG, Rosario, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, 1<sup>a</sup> ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

FORCADA MIRANDA, Francisco J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores*. 1<sup>a</sup> ed., Ed. Spin, Madrid, 2020.

FREEMAN, Marilyn, “Effects and Consequences of Child Abduction” in *The Child Perspective in the context of the 1980 Hague Convention* (Workshop of the 40th Anniversary of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction October 2020), PE 659.819, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL\\_IDA\(2020\)659819\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL_IDA(2020)659819_EN.pdf)

GONZÁLEZ MARIMÓN, María, “La libre circulación de resoluciones en la UE en el caso de la sustracción internacional de menores”, *Revista Justicia & Derecho*, vol. 3, núm. 2, Universidad Autónoma de Chile, 2020.

GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980*, 1ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2002

KAYE M., “The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 13, issue 2, 1999.

LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón., “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 1ª ed., Ed. REDUR 13, diciembre 2015, ISSN 1695-078X

LOWE, Nigel; STEHPENS, Victoria., *Statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Prl. Doc. N° 11 A of February 2018, available in: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

MIRALLES SANGRO, P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1989.

PRETELLI, Ilaria, “Child abduction and return procedures” in *Recasting the Brussels IIa Regulation* (Compilation of briefings for the JURI Committee 8 November 2016), PE 571.383, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL\\_STU%282016%29571383\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU%282016%29571383_EN.pdf)

PÉREZ VERA, Elisa. *Informe explicativo del Convenio de la Haya de 1980*, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>.

PUIG BLANES, Francisco de Paula, “Aproximación al Tratamiento de la Sustracción Internacional de Menores en el Reglamento UE 2019/1111”, *Asociación Profesional de la Magistratura* 3.9.

QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna, “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”, *InDret*, Barcelona, 2004.

REIG FABADO, Isabel, “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: Retorno vs. Violencia Familiar o Doméstica”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.10, núm. 1, 2018, disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4142>

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, *El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimiento en Bruselas y la Haya”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), núm. 35, 2018.

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “La Refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69/1, Madrid, 2017, DOI: <http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.1.05>

RUIZ SUTIL, Carmen, “Implementación del Convenio de Estambul en la Refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018.

SCOTTI, Luciana B., BALTAR, Leandro, “La Excepción de Grave Riesgo a la Restitución Internacional de Niños y la Guía de Buenas Prácticas VI”, *Cuadernos Electrónicos Direito Internacional sem Fronteiras*, vol. 2, núm. 1, 2020, ISSN 2675-2514.

VAN LOON, Hans, “The Brussels IIa Regulation: towards a review?” en Cross-border activities in the EU- Making life easier for citizens (Workshop for the JURI Committee 2015), disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL\\_STU\(2015\)510003\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf)

YAMAGUCHI, Sawako, LINDHORST, Taryn, “Domestic Violence and the Implementation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Japan and U.S. Policy”, *Journal of International Women's Studies*, vol. 17, Issue 4, 2016, available in: <http://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1883&context=jiws>.

## 5.2. Documentación

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13 (1) (b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Parte VI, 2020, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/guides-to-good-practice>.

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13 (1) (b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños. Doc. Prel. N° 3 de junio de 2017, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57> .

Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, Oficina de Publicaciones de la UE, Bélgica, 2016, disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed> .

Fiscalía General del Estado, *Circular 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, España, 2015, FIS-C-2015-00006

## 5.3. Legislación

- Internacional

Consejo de Europa. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de junio de 2014, núm. 137.

HCCH. Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de agosto de 1987, núm. 202.

HCCH. Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de diciembre de 2010, núm. 291.

- Europea

Unión Europea. Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 23 de diciembre de 2003, núm.338.

Unión Europea. Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2 de julio de 2019, núm. 178.

- Nacional

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2000, núm.7.

#### **5.4. Jurisprudencia**

- **Internacional y europea**

STEDH (Sección 2ª), *Šneersones y Kampanella contra Italia* (Demanda Nº 14737/09), de 12 de julio de 2011 [Referencia INCADAT: HC/E/LV 1152]

STEDH (Sección 3ª), *Karrer contra Rumanía* (Demanda Nº 16965/10), de 21 de febrero de 2012 [Referencia INCADAT HC/E/RO 1149]

STEDH (Sección 3ª), *X contra Letonia* (Demanda Nº 27853/09), de 13 de diciembre 2011 [Referencia INCADAT: HC/E/LV 1146].

TJUE, Conclusiones del Abogado General, *Bianca Purrucker contra Guillermo Vallés*, C-256/09, de 20 de mayo de 2010, [ECLI:EU:C:2010:296]

STJUE, *Bianca Purrucker contra Guillermo Vallés*, C-256/09, de 15 de julio 2010, [ECLI:EU:C:2010:437]

STJUE, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz*, C-491/10 PPU, de 22 de diciembre de 2010, [ECLI:EU:C:2010:828]

- **Nacional**

AAP Barcelona (Sección 18ª) 91/2006, de 4 de abril [Ref. ARANZADI: JUR 2007\86524]

AAP Barcelona (Sección 18ª) 54/2012, de 13 de marzo [Ref. ARANZADI: JUR 2012\195157]

AAP Pontevedra (Sección 1ª) 133/2006, de 7 de mayo (recurso de apelación 473/2006), [Ref. INCADAT: HC/E/ES 887]

SAP Barcelona (Sección 18ª) 608/2021, de 26 de enero (recurso de apelación 681/2020) [ECLI:ES:APB:2021:608]

SAP Ciudad Real (Sección 1ª) 71/2021, de 28 de enero (recurso de apelación 1/2021) [ECLI:ES:APCR:2021:71]

SAP Granada (Sección 5ª) 486/2017, de 21 de abril (recurso de apelación 72/2017) [ECLI:ES:APGR:2017:486]

SAP Madrid (Sección 25ª) 13855/2020, de 18 de noviembre (recurso de amparo 1285/2020) [ECLI:ES:APM:2020:13855]

SAP Oviedo (Sección 4ª) 104/2021, de 12 de enero (recurso de amparo 593/2020) [ECLI:ES:APO:2021:104]

STC 16/2016 (Sala 2ª), de 1 febrero de 2016 (recurso de amparo 2937-2015) [Ref. INCADAT: HC/E/ES 1382]

- **Comparada**

Australia. *Director General, Department of Community Services Central Authority v. J.C. and J.C. and T.C.*, de 11 de julio de 1996, Full Court of the Family Court of Australia at Sydney [Referencia INCADAT: HC/E/AU 68]

Australia, *DP v. Commonwealth Central Authority; JLM v. Director-General NSW Department of Community Services*, de 27 de junio de 2001, High Court of Australia [Referencia INCADAT: HC/E/AU 346]

Australia, *State Central Authority v. Maynard*, de 9 de marzo de 2003, Family Court of Australia [Referencia INCADAT: HC/E/AU 541]

Canadá, *Chalkley v. Chalkley*, de 13 de enero de 1995, Court of Appeal of Manitoba. [Referencia INCADAT: HC/E/CA 14]

Canadá, *Pollastro v. Pollastro*, de 31 de marzo de 1999, Ontario Court of Appeal. [Referencia INCADAT: HC/E/CA 373]

Canadá, *Habimana v. Mukundwa*, de 21 de marzo de 2019, Ontario Superior Court of Justice [Referencia INCADAT: HC/E/CA 1420]

Estados Unidos, *Miltiadous v. Tetervak*, de 19 de febrero de 2010, United States District Court, E.D. Pennsylvania., [Referencia INCADAT: HC/E/US 1144]

Estados Unidos, *Souratgar v. Fair*, de 13 de junio de 2013, United States Court of Appeals for the Second Circuit [Referencia INCADAT: HC/E/US 1240]

Estados Unidos, *Ermini v. Vittori*, de 8 de julio de 2014, United States Court of Appeals for the Second Circuit [Referencia INCADAT: HC/E/US 1273]

Francia, N° de RG 08/04984, de 18 de febrero de 2009, Corte de Apelación de Nimes [Referencia INCADAT: HC/E/FR 1135].

Irlanda, *A.S. v. P.S. (Child Abduction)*, de 26 de marzo de 1998, Supreme Court of Ireland.[Referencia de INCADAT: HC/E/IE 389]

Israel, Motion for Leave to Appeal (Family Matters) 5690/10, de 10 de agosto de 2010 [Referencia INCADAT: HC/E/1290].

Nueva Zelanda, *Damiano v. Damiano*, de 7 de mayo de 1993, Family Court at Kaitaia. [Referencia INCADAT: HC/E/NZ 91]

Nueva Zelanda, *El Sayed v Secretary for Justice*, de 30 de octubre de 2003, High Court (Wellington) [Referencia de INCADAT: HC/E/NZ 495]

Reino Unido, *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, de 14 de diciembre de 1989, Court of Appeal [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 34]

Reino Unido, *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)*, de 18 de abril de 2000, Court of Appeal of England and Wales [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 270]

Reino Unido, *Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm)*, de 7 de marzo de 2002, Court of Appeal of England and Wales [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 469]

Reino Unido, *Re D. (Article 13b: Non-return,)* 25 de enero de 2006, Court of Appeal of England and Wales [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 818]

Reino Unido, *Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)*, de 16 de noviembre de 2006, UK House of Lords Decision [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 880]

Reino Unido, *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)*, de 10 de junio de 2011, UK Supreme Court [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 1068]

Reino Unido, *Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)*, de 14 de marzo de 2012, UK Supreme Court [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 1147].

### **5.5. Páginas web oficiales**

Conferencia de la Haya [en línea] [fecha de última consulta: 16 de mayo 2021]. Disponible en: <http://www.hcch.net>

INCADAT. Base de datos sobre sustracción internacional de menores. [en línea] [fecha de última consulta: 16 de mayo 2021]. Disponible en: <https://www.incadat.com/es>

ARANZADI. Base de datos de legislación jurisprudencia y bibliografía jurídica. [en línea] [fecha de última consulta: 16 de mayo 2021]. Disponible en: <http://www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon?legacy>