

El retorno de dos menores a un país en guerra, Rusia.

La sentencia que vamos a analizar hace un estudio de la aplicación de la causa de excepción al retorno prevista en el artículo 13 b) del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, así como de las objeciones del propio niño, niña o adolescente (“NNA”).

El citado precepto establece que:

“No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:[...]”

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”.

El supuesto de hecho es el siguiente:

Don AVS, y doña TMS, ambos de nacionalidad rusa (si bien el padre también ostenta la nacionalidad británica y la madre la canadiense), tenían su residencia habitual en Moscú, Rusia. Con ellos residían sus cuatro hijos: MS, AS, VS, NS (14, 12, 7 y 2 años respectivamente).

Aunque los progenitores dejan de vivir juntos en 2020, y tiempo después se divorcian, su intención era seguir residiendo en la misma ciudad con el fin de poder cuidar juntos a sus hijos. Llegaron a plantearse la posibilidad de trasladar su residencia fuera de Rusia, sin que conste una decisión definitiva.

El padre se había marchado de Rusia en el verano de 2022 debido a la vulnerabilidad que sentía en el país tras mostrar su disidencia con el gobierno ruso y la guerra de Ucrania. Desde entonces, no volvió a ver a sus hijos hasta las vacaciones de febrero de 2023, momento en que acuerdan que el padre recogería a los tres mayores en Lituania para viajar con ellos a Londres a pasar una semana de vacaciones. Esa semana la madre viaja a Canadá, con NS, el menor de los hijos.

Un día antes del regreso previsto, el padre contactó con la madre por email para comunicarle su intención de quedarse con dos de los hijos, AS y VS, viviendo en Londres. Así, el padre regresó solo con el mayor de ellos, MS, retornando después a Londres. La retención se produjo el 27 de febrero de 2023.

Dos o tres días después de conocer las intenciones del padre, el 1 o 2 de marzo, la madre inició en Inglaterra, país donde estaban retenidos AS y VS por el padre, un procedimiento de sustracción internacional de menores de conformidad con lo previsto en el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

En el procedimiento de sustracción, Don AVS estuvo representado solo por la barrister Sra. Rushworth, mientras que Doña TMS estuvo representada por Dawson Cornwell y el barrister Edward Bennett.

Era un hecho no discutido la existencia de la retención y su carácter ilícito por reconocimiento del padre, por lo que el objeto de análisis para el Tribunal quedaba constreñido, por un lado, a si la devolución de los niños los pondría en grave riesgo físico o psicológico, y, por otro lado, si los niños se oponían a su retorno a Rusia, y en su caso, a la valoración de dicha oposición.

En cuanto a la excepción por la oposición de los niños, el enfoque del Tribunal parte del análisis de la sentencia *Black LJ in Re M* [2015] 2 FLR 1074, en relación a la oposición del menor a ser devuelto y si ha alcanzado una edad y madurez suficiente. Así, concluye el Tribunal que mientras que AS tiene una edad en la que ha de ser escuchado y sus opiniones tenidas en cuenta, VS no, por lo que resulta más complicado hacer una valoración concluyente. La opinión del niño debe ser en todo caso propia y no producto de la influencia de uno de los progenitores. En definitiva, no es suficiente una preferencia o deseo, sino que debe constituir una oposición.

AS manifestó su preferencia de permanecer en Inglaterra con su padre. Esto, a priori, equivaldría a una oposición a efectos del citado Convenio, por lo que restaría por analizar cómo fundamenta el alcance de las manifestaciones del niño en su audiencia; derecho que se le reconoce en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que debe ser interpretado a la luz del interés superior del menor. El artículo 12 da derecho a los menores a ser escuchados y a que se tengan en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

En este caso, los niños fueron escuchados y entrevistados por una funcionaria del CAFCASS, la Sra. Huntington, de donde se desprende lo siguiente:

AS presenta un deseo firme y explícito de permanecer en Inglaterra, lo que parece equivaler a una oposición a volver a Rusia. En cambio, VS era más ambivalente y no parecía comprender bien la situación. Cuestiona la madurez emocional de AS debido a la depresión que estuvo

padeciendo en 2021, ligada a la separación de sus padres. Por otro lado, defiende que VS presenta un nivel de madurez ligeramente superior a su edad, aunque señala que sigue siendo un niño de corta edad.

El padre alega que lo manifestado por AS a la Sra. Huntington es más que una simple preferencia; es una preferencia clara y firme que, por lo tanto, equivale a una oposición. La madre, por otro lado, reconoce que AS se opone, pero defiende que plantea dudas su madurez emocional. En cuanto a VS, la madre alega que no se opone al retorno, y que, en todo caso por su corta edad, sus opiniones no podrían ser tenidas en cuenta.

En relación con este punto, el juez concluye que, si bien AS claramente se opone a volver, no rechaza completamente a Rusia ni a su madre, lo que junto con la idolatría que presenta hacia su padre, hace que se cuestione la fuerza de su objeción. AS solo había estado 8 o 9 semanas en Inglaterra cuando hizo sus declaraciones, lo que implica que sus opiniones se habían formado en la emoción de reunirse de vuelta con su padre, tras tantos meses sin verlo.

Considera el juez que el caso de VS es más complicado, pues sus opiniones no pueden constituir una excepción. Reconoce que su núcleo de vida se encuentra en Rusia, con su madre y hermanos, por lo que estima el juez que VS podría ser trasladado de vuelta a Moscú.

Pasando ahora a analizar la excepción de grave riesgo del artículo 13, el Tribunal resalta que dicho precepto ha sido examinado por el Tribunal Supremo de Reino Unido y por el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, así como por la Guía de Buenas prácticas de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

Así, el término grave ha de entenderse en el sentido de magnitud del riesgo o bien de las posibles consecuencias de éste y deben analizarse las circunstancias anteriores, pero siempre para hacer un juicio prospectivo de futuro, centrando la atención en la situación del niño tras su restitución y en si dichas circunstancias lo expondrían a un grave riesgo. El examen de la excepción de grave riesgo también debería comprender, si se estimare necesario y apropiado, la valoración de si existen medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual.

El padre sustenta la excepción planteada en las siguientes razones: en primer lugar, identifica los riesgos derivados del comportamiento de la madre hacia los menores, por lo que el regreso a Rusia supondría exponer a los niños a un importante riesgo de violencia verbal y física por parte, no solo de la madre, sino también del abuelo materno, quien según el padre había

castigado a AS cuando era pequeño. Tanto la madre como el abuelo reconocen haber agredido al menor en al menos una ocasión, aunque AS califica los castigos físicos tan solo de 2 o 3 en términos de dolor.

Es por ello por lo que el padre muestra una especial preocupación por AS, considerando que podría volver a tener pensamientos suicidas y que el retorno no le ayudaría a mejorar su estado psíquico.

Junto con lo anterior, el padre alega un importante peligro que engloba bajo el título de “riesgos de muerte y tortura y alejamiento de la familia”, vinculado a su disidencia y a sus apariciones públicas mostrando disconformidad con el gobierno ruso. Además, se basa en que la posibilidad de que la guerra entre Rusia y Ucrania se extienda a Rusia supone un particular riesgo para los hijos de un disidente.

La madre no acepta que exista un grave riesgo de daño en virtud del artículo 13 b, pero ofrece medidas para abordar algunas de las preocupaciones principales como, por ejemplo, aceptando no buscar el procesamiento del padre en Rusia en relación con la sustracción.

Defiende también que no existe riesgo de abuso físico y emocional ni por su parte ni por parte del abuelo materno, y que prueba de ello es la devolución de MS por el padre. Además, alega que AS ha sido influenciado en sus declaraciones pues si bien éste no recuerda los momentos de abuso, sí admite que le han hablado de ellos.

En cuanto a la situación de AS, afirma que cuando recibió terapia y medicación tuvo una gran mejoría y que no hay ninguna prueba de que siga necesitando apoyo emocional. Además, si lo necesitara, podría continuar con el apoyo que en Rusia estaba recibiendo.

Por último, sobre el riesgo de Rusia, la madre defiende que el riesgo no puede ser tan grave pues el padre acudió con MS a una manifestación en contra de la guerra y después lo trajo de nuevo a Rusia. También defiende que no hay pruebas de que el padre sea un objetivo del gobierno, ni tampoco de que haya consecuencias negativas para los hijos de disidentes.

Una vez planteada esta excepción, se pregunta el Tribunal si las alegaciones, entendidas en su máxima expresión, traspasan el umbral del artículo 13. En caso negativo, no puede aplicarse la excepción, mientras que, en caso afirmativo, se pasa a una segunda etapa en la que debe analizarse si existe alguna medida de protección que pudiese resultar efectiva para reducir el riesgo por debajo del umbral del artículo 13.

Refleja el Tribunal las diferencias interpretativas en los casos del Tribunal de Apelación y del Tribunal Superior de Justicia con respecto al enfoque relativamente sencillo que el Tribunal Supremo del Reino Unido adoptó en *Re E*; pasando a analizar el tribunal si las alegaciones formuladas por el demandado son de tal naturaleza y suficientemente detalladas y sustanciales, en términos de prueba, que podrían constituir un riesgo grave. En todo caso, esas diferencias interpretativas nunca podrían llevar a olvidar que las excepciones son de interpretación restrictiva, para no convertir el Convenio en “papel mojado”, ya que es un Convenio de restitución y no de custodia. Por lo tanto, es preciso distinguir entre la protección del menor en la restitución y la mejor opción de custodia como resolución de fondo, que corresponde a los tribunales del Estado de la residencia habitual.

El Convenio de 1980 prevé muy pocas normas procesales y probatorias, debiendo aplicarse la “*lex fori*”, es decir, la ley del Estado requerido en que se encuentra el tribunal. Por eso, la sentencia analiza los precedentes y las posturas de los tribunales ingleses en relación con la valoración de la prueba (“*standard of proof*”).

Se trata de cómo ha de valorarse el grave riesgo, bien adoptando la postura del Tribunal Supremo de Reino Unido de exigir una prueba sustancial sobre la situación de grave riesgo; o la seguida por Moylan LJ y la Guía de Buenas prácticas de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, que entiende suficiente una exposición detallada del grave riesgo que permita concluir que es razonable (por el contrario, no deben ser suficientes, como regla general, las alegaciones poco específicas o generales). El tribunal debe valorar según esta postura no solo si los hechos pudieran suponer un daño potencial o que generarían una situación intolerable, sino todas las circunstancias, incluidas las posibles medidas de protección que pudieran adoptarse en el Estado requirente, en este caso, Rusia.

La Guía señala que:

“Una vez que se realiza esta evaluación:

- En caso de que el tribunal no se haya convencido de que las pruebas presentadas/información recabada, incluso relativas a las medidas de protección, demuestran un grave riesgo, ordenará la restitución del niño;*
- En caso de que el tribunal sí se haya convencido de que las pruebas presentadas/información recabada, incluso relativas a las medidas de protección, demuestran un grave*

riesgo, no está obligado a ordenar la restitución del niño, y el dictado de una orden de restitución del niño o no queda librado a su facultad discrecional”.

En su argumentación, descarta el juez que el hecho de que el padre sea disidente suponga riesgo alguno de cara al retorno de los menores a Rusia, pues no hay pruebas que le permitan concluir lo contrario. Además, califica la posibilidad de que la guerra se extienda a Rusia como “*muy remota*”.

El análisis del grave riesgo asociado a las circunstancias del Estado de residencia habitual debe enfocarse en la gravedad de la situación política, económica o de seguridad, en su impacto en el niño y en determinar si el nivel de dicho impacto es suficiente para tener por configurada la excepción de grave riesgo, y no en la situación política, económica o de seguridad del Estado en general. Por lo común, las alegaciones de una situación grave de seguridad, política o económica en el Estado de residencia habitual son, por lo tanto, insuficientes para dar lugar a la excepción de grave riesgo. De forma similar, los episodios (aislados) de violencia en un ambiente político agitado, en general, no serán considerados como constitutivos de un grave riesgo. Es más, cuando los hechos alegados sean de una naturaleza tal que podrían configurar un grave riesgo, el tribunal deberá determinar si existen medidas de protección que puedan abordar ese riesgo y, de ser así, se vería obligado a ordenar la restitución del niño.

Con relación al trato de la madre con los niños, concluye que simplemente se trata de una relación ocasionalmente conflictiva que está dentro de los parámetros normales de relación padre-hijo.

Sobre las alegaciones del padre acerca de las amenazas de la madre con suicidarse delante de los niños o de matarlos, los informes psiquiátricos de la madre no reflejan que padezca ninguna enfermedad mental y AS tampoco hace referencia a esas manifestaciones.

Descartados estos dos motivos, se centra el Tribunal en analizar el que considera el de mayor importancia: el impacto que podría tener la restitución sobre la salud mental de AS. Concluye el juez que, si bien AS tiene vulnerabilidad y la misma podría verse acrecentada de volver a Rusia, ese riesgo es limitado dado sus progresos en psicoterapia. Además, ese riesgo se atenuará aún más si sabe que podrá ver a su padre regularmente. Por tanto, si bien hay riesgo, este cae por debajo del umbral del artículo 13 b.

Teniendo todo lo anterior en consideración, falla el juez ordenando el retorno de ambos menores a Rusia.

En este caso en particular, el Juez le escribió una carta a AS explicando los motivos de su decisión. El padre cumplió con la sentencia y entregó a los niños físicamente a la madre en Lituania ya que los vuelos directos entre el Reino Unido y Rusia siguen suspendidos.

Carolina Marín Pedreño

Solicitor de la Madre

Con el agradecimiento a Marta Senent Santana, estudiante de Derecho en la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, por su colaboración.

Enlace de la Sentencia:<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2023/1620.html>