

Covid-19 y grave riesgo de retorno del menor en casos de sustracción internacional de menores.



Autora: María González Marimón, Personal Investigador en Formación de Derecho Internacional privado, Universitat de València. Correo electrónico: maria.gonzalez-marimon@uv.es

1. La sustracción internacional de menores constituye, sin duda, uno de los grandes retos actuales en el contexto de las familias transfronterizas. Mediante esta expresión hacemos referencia al traslado o retención ilícito de un niño, niña o adolescente (en adelante menor) a un Estado distinto al de su residencia habitual. La ilicitud del traslado se identifica con una infracción de los derechos de custodia del menor regulados de conformidad con la legislación del Estado de residencia habitual del menor. Ante este tipo de situaciones, consideradas altamente perjudiciales para el menor, los Estados han establecido distintos cauces de cooperación con el objetivo de desincentivar este tipo de prácticas.

En esta materia ocupa un lugar central el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante Convenio), con más de 100 ratificaciones. Como en cualquier otro texto normativo que afecte a la figura del menor, el Convenio está centrado en el principio del interés superior, entendido como el retorno del menor al lugar de su residencia habitual en el menor tiempo posible. La finalidad es devolver al menor al statu quo anterior, frente a una conducta ilícita que ha extraído abruptamente al menor de su entorno. Ahora bien, esta regla general de obligación de retorno del menor se ve complementada por una serie de situaciones excepcionales tasadas en las que se permite denegar el retorno del menor en base al interés del menor afectado en ese caso concreto.

2. En general en cualquier asunto que afecte a un menor, y muy en particular en los supuestos de sustracción internacional de menores, el tiempo es un factor esencial. Básicamente, porque el transcurso del tiempo tiene una afectación especial sobre los menores de edad y sobre sus relaciones personales y su integración. Este es el motivo por el cual, frente a una situación en la que el menor se ve repentinamente privado de su entorno y de las relaciones personales con uno de sus progenitores, el objetivo del Convenio es el retorno del menor en el menor tiempo posible, fijando un plazo orientativo de seis semanas de duración.

Es evidente que la situación actual provocada por el COVID-19 podría tener una grave incidencia sobre el bienestar del menor desde el punto de vista del transcurso del tiempo.

El cierre de fronteras y la paralización de los sistemas judiciales en la gran mayoría de Estados, sin duda, va a suponer un gran obstáculo para la resolución de este tipo de procedimientos. Y aún en mayor medida la ejecución efectiva de una resolución de retorno del menor, la cual requiere que el menor cruce una frontera, y en la mayoría de los supuestos, a través de un avión. Quizá en otras materias la mera suspensión del procedimiento y la espera a que la situación mejore, puede ser una respuesta satisfactoria dada la gravedad de las circunstancias. Sin embargo, desde el punto de vista del bienestar del menor, el tiempo no se detiene y transcurre veloz. Y, recordemos, que como en todo asunto que afecta a un menor, su interés debe prevalecer frente a cualquier otro. En consecuencia, la nueva situación del COVID-19 plantea nuevos escenarios interpretativos del Convenio que los Jueces nacionales de cada Estado deberán resolver.

3. La repentina situación del COVID-19 ha desencadenado en la realidad práctica distintas situaciones relacionadas con la sustracción internacional de menores.

4. Por un lado, habrá que identificar las situaciones de traslados o retenciones ilícitos existentes y en qué estado se encuentran – el procedimiento podrá no estar siquiera iniciado, estar iniciado o ya resuelto-. Desde el punto de vista procesal surgen innumerables interrogantes que se dejan planteados a la espera de poder analizar cuál es la respuesta práctica de los Tribunales de cada Estado contratante del Convenio.

En cuanto al inicio del procedimiento de retorno del menor, el progenitor no sustractor tendrá serios problemas para contactar con las Autoridades Centrales correspondientes, así como con los Tribunales de un Estado tercero, ya que en la mayoría de Estados su funcionamiento ha quedado paralizado, salvo situaciones urgentes. En este sentido, dependiendo del Estado se considerarán o no los supuestos de sustracción internacional de menores como un caso urgente. Entendemos que así debería ser, por la ya apuntada incidencia que posee el transcurso del tiempo sobre los menores de edad.

La crisis sanitaria del COVID-19 también habrá incidido en el desarrollo del procedimiento. De nuevo, habrá que estudiar si se han suspendido los procedimientos de retorno ya iniciados, y su afectación sobre el plazo de seis semanas de resolución que sugiere el Convenio. En caso de continuar con los procedimientos, se habrán planteado importantes limitaciones en la obtención de pruebas, y en especial, en la audiencia del menor.

Recordemos que es un derecho fundamental del menor ser escuchado en todos los asuntos que le afecten, tal y como recogen tanto el artículo 12 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En relación con este derecho, quizá la situación generada por el COVID-19 sea una oportunidad para explorar la vía de la audiencia del menor por vía telemática para evitar riesgos para la salud, tanto del menor como de la salud pública. Es una buena oportunidad para abrir el debate sobre la idoneidad de una audiencia on line del menor, y si es posible ofrecer las necesarias garantías para un adecuado ejercicio de este derecho en tal formato.

Finalmente, la situación del COVID-19 también podrá afectar a la ejecución de las resoluciones de retorno como consecuencia de las restricciones de movilidad y el cierre de fronteras a nivel internacional. Siempre dependiendo de las circunstancias del caso concreto, quizá una opción muy sensata sea resolver el retorno del menor, pero suspender su ejecución hasta que la situación mejore, tanto en el Estado al que deba retornar como en la situación del tráfico

internacional.

5. Por otro lado, podrá concurrir una segunda situación en la que se haya producido una retención ilícita de facto, pero no intencionada. Efectivamente, multitud de progenitores que en el momento del cierre de fronteras estaban disfrutando de un derecho de visita en un Estado distinto al de su residencia habitual, podrán encontrarse con que dicho periodo termina, y, sin embargo, les es imposible devolver al menor al lugar de su residencia habitual debido a la emergencia sanitaria existente. Ante esta potencial situación, sin duda la mejor solución sería alcanzar un acuerdo entre los progenitores de forma que se pueda extender el periodo de visita hasta que la situación en los dos Estados implicados mejore y permita un retorno seguro del menor.

6. Desde el punto de vista interpretativo, la pandemia podría tener una especial incidencia en la configuración de ciertas nociones recogidas en el Convenio, sobre todo en relación con el juego de excepciones al retorno que prevé el texto convencional. En relación con este punto, la situación de pandemia podría ser empleada por el progenitor sustractor como estrategia para justificar el no retorno del menor al Estado de su previa residencia del menor. Recordemos que la regla general es la obligación de retorno inmediato del menor, regla que se ve completada por una serie de excepciones que, una vez probadas por la parte, pueden ser tomadas en cuenta, discrecionalmente por la autoridad, para denegar el retorno del menor. Evidentemente, en tanto que excepciones, estas situaciones deben ser interpretadas restrictivamente. Particularmente, hay dos excepciones al retorno que suscitarán problemas en la praxis.

7. Una de las mayores repercusiones de la crisis sanitaria del COVID-19 en la práctica de la sustracción internacional de menores, será la alegación de esta crisis como motivo de la denegación del retorno del menor al Estado anterior de su residencia habitual.

Concretamente, alegando la excepción recogida en el artículo 13.1.b) del Convenio, según la cual, la autoridad que está conociendo del asunto, podrá denegar el retorno en el caso de que exista 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. Obviamente, estamos ante un caso sin precedentes cuyas pautas de interpretación serán establecidas por la jurisprudencia de cada Estado contratante.

Dicho esto, si es posible apuntar ciertas pautas para la interpretación de esta excepción gracias a la reciente “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”, publicada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado en 2020 (en adelante Guía).

8. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la excepción contiene tres tipos de riesgos (físico, psíquico y de una situación intolerable) que son independientes entre sí (párr. 30 y 31 de la Guía).

En el contexto del COVID-19, la primera alegación, previsiblemente, será el potencial riesgo físico de contagio del virus y las posibles complicaciones, a pesar de que los menores no están en los grupos de riesgo y las autoridades sanitarias afirman que el virus tiene una incidencia mínima sobre los mismos. Es interesante destacar que la Guía no exige necesariamente que el riesgo de daño físico recaiga directamente sobre la figura del menor, sino también, siempre que se justifique adecuadamente, podría, por ejemplo, alegarse el riesgo físico del progenitor encargado de su cuidado. Es decir, podría argumentarse que el progenitor forma parte de uno de los grupos de riesgo del COVID-19 y, en consecuencia, retornar con el menor le expondría a un grave riesgo. Y, obviamente, también debería argumentarse que sería perjudicial para el menor separarlo de este

progenitor puesto que es su principal cuidador/cuidadora (párr. 33).

Más allá del potencial riesgo físico, no se debe subestimar la dimensión psicológica de la situación provocada por la pandemia. La Organización Mundial de la Salud ya ha alertado de que la pandemia está generando miedo y preocupación en la población. Esta percepción llega fácilmente a los menores, sobre todo a aquellos que tengan una madurez suficiente para entender la información que pueda leer o escuchar sobre el COVID-19, que podría hacer sentir al menor ansioso. En consecuencia, aunque el daño físico es mucho más impredecible, se podría argumentar más fácilmente el potencial riesgo de daño psicológico sobre el menor en caso de retorno. También, potencial riesgo psicológico debido a las severas medidas de confinamiento y distanciamiento social.

Sumado a lo anterior, la Guía especifica que el término grave se refiere al riesgo y no al daño en sí sobre el menor. La parte interesada deberá probar que el COVID-19 supone un riesgo real que alcance el nivel de grave y que coloque al menor en una situación intolerable, esto es, una situación que un menor individual no debería tolerar (párr. 34).

9. En segundo lugar, la Guía podrá ser tomada como referencia en sus orientaciones relativas a los supuestos en los que se alega el riesgo para la salud del menor como causa de no retorno. En estos casos, se dice que el grave riesgo debe focalizarse en la disponibilidad de un tratamiento en el Estado de residencia habitual del menor, y no en una comparación entre la relativa calidad del sistema de salud de los dos Estados implicados (párr. 62). Sin embargo, cabe cuestionarse que esta directriz pueda ser aplicable a la situación actual de pandemia, en la que las circunstancias cambian a una velocidad vertiginosa con una difícil predicción, y quizá sí sea relevante realizar una comparación entre la situación de los dos Estados en cuestión, no solo de la situación del momento, sino de la posible evolución de la pandemia en tales Estados. En todo caso, la autoridad que esté conociendo del asunto deberá comprobar si la seriedad de las alegaciones tiene entidad suficiente, no siendo suficientes meras alegaciones genéricas.

10. En tercer lugar, no debe olvidarse que las excepciones al retorno del menor deben valorarse siempre en función de las concretas circunstancias del menor afectado. En este sentido, obviamente, la respuesta variará entre un menor que goza de buen estado de salud a un menor que pertenece a un grupo de riesgo frente al COVID-19, pues en este último caso será fácilmente argumentable que el mero viaje del menor supone un riesgo para su salud.

11. Por último, recordemos que la autoridad que está conociendo del asunto, aunque aprecie la concurrencia de un riesgo, podrá ordenar igualmente el retorno del menor si considera que se han establecido medidas de protección suficientes para mitigar el riesgo en el Estado de previa residencia habitual. Una vez más, nos encontramos con el problema de que no hay jurisprudencia ni orientaciones sobre qué se considera una medida de protección adecuada ante una pandemia como la actual.

12. En relación con esa excepción, ya están apareciendo las primeras resoluciones en la materia, como por ejemplo la resolución de la High Court of England and Wales (Family Division) [2020] EWHC 834 (Fam), relativa, además, a una familia española. En el procedimiento queda probado que la menor tenía su residencia habitual en España e incluso ésta manifiesta su firme voluntad de regresar a España con su padre, y, por tanto, que la menor ha sido sustraída ilícitamente a Reino Unido por la madre. Sin embargo, la madre alega la excepción de grave riesgo del menor por la situación de crisis sanitaria debido al COVID-19 en España. En relación con la pandemia actual, el Tribunal identifica dos riesgos potenciales para la menor: por un lado, que la pandemia está más avanzada en España que en Reino Unido (en el momento de la resolución), y por otro,

el riesgo de realizar un viaje internacional actualmente. El Tribunal reconoce la gravedad de la pandemia, pero afirma no tener evidencia suficiente, más allá de que, pese a que en España la epidemia está más avanzada, en Reino Unido se prevé que los casos continúen aumentando. Afirma que no puede saber si hay diferente riesgo de contagio en un Estado y en el otro. Y por todo ello, concluye que con la evidencia que posee, no puede afirmar que la menor tenga más riesgo de contraer el virus en España que en Reino Unido. Además, exige el retorno más rápido posible ya que al aumento de las restricciones de movimiento y el cierre de fronteras hace que no haya garantías de que el retorno de la menor pueda realizarse durante mucho más tiempo ante un inminente cierre de las fronteras.

13. Queda constatado que para que un Tribunal acoja favorablemente la excepción de grave riesgo no basta con meras alegaciones genéricas como, por ejemplo, una mera alusión a la situación de crisis sanitaria provocada por el COVID-19. El riesgo del menor deberá probarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto, y será la jurisprudencia la que irá estableciendo en qué casos y en qué condiciones es admisible denegar el retorno en base al grave riesgo físico o psíquico del menor a consecuencia de la pandemia.

14. Una segunda excepción, cuya interpretación podrá generar importantes interrogantes en la praxis, es la recogida en el artículo 12 del Convenio. Este precepto habilita a la autoridad que está conociendo del asunto a denegar el retorno siempre que concurren dos condiciones: que el procedimiento se haya iniciado una vez haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícito, y además, se pruebe que el menor se ha integrado en el nuevo ambiente. La finalidad de esta excepción es tomar en consideración el interés superior del menor en el caso concreto, en el que precisamente por haberse integrado en el nuevo Estado, se considera perjudicial que se le vuelva a extraer de su entorno, considerándose que el menor ha adquirido su nueva residencia habitual en el Estado en el que se encuentra.

15. El COVID-19 podría tener una incidencia en la noción de “integración en el nuevo medio”. Esta noción debe ser probada por el progenitor sustractor, cuestión que, al igual que la excepción del artículo 13.1.b) del Convenio, ya ha suscitados importantes problemas interpretativos en la práctica debido, fundamentalmente, al carácter de concepto jurídico indeterminado de esta expresión. A la ya de por sí complicada concreción y prueba de la integración del menor en el nuevo medio, se debe sumar las posibles complicaciones suscitadas a raíz de la pandemia del COVID-19. Particularmente complicado será aportar elementos de hecho que demuestren la integración del menor, como la escolarización o las relaciones personales del menor con familiares y amigos, la práctica de hobbies etc., en un contexto en el que, con mayores o menores restricciones, no está permitido o en todo caso recomendado salir de casa, y las escuelas están suspendidas y están recomendadas fuertes medidas de distanciamiento social. Desde esta perspectiva el progenitor sustractor tendrá ciertamente complicada la prueba de la integración del menor.

16. En segundo lugar, cabe preguntarse si el periodo temporal en el que se decreta la crisis sanitaria debe ser computado como transcurso del periodo de un año. En la práctica podrían generarse casos límite en los que el periodo de un año estuviera próximo a cumplirse y se haya terminado cumpliendo en los meses de confinamiento. Este extremo podría colocar en una difícil situación al progenitor no sustractor que aún no haya iniciado los trámites legales para su retorno. Sobre todo, si tenemos en cuenta la importancia del transcurso del tiempo para los menores, en los que su interés superior puede no verse adecuadamente satisfecho con una mera suspensión de los plazos procesales, ya que en estos asuntos aquello que prima por encima de otros intereses es el bienestar del menor.

17. En definitiva, como en muchos otros campos, la inesperada situación generada por la pandemia del COVID-19 tendrá una importante afectación en los supuestos de sustracción internacional de menores, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo. Mientras que el progenitor no sustractor se encontrará con importantes obstáculos para conseguir un retorno seguro y rápido del menor, el progenitor sustractor intentará aprovechar la situación para justificar el no retorno del menor. Frente a estos intereses contrapuestos, será el principio del interés superior del menor el que deba guiar la resolución de estos casos, teniendo especial importancia, evidentemente, su salud, pero también, el transcurso del tiempo y la afectación sobre el menor. Serán los jueces de los distintos Estados contratantes los que vayan proporcionando respuestas a estos interrogantes, de la mano de la rápida e impredecible evolución de esta pandemia sin precedentes, pero esperemos siempre respetando la finalidad del Convenio y el carácter excepcional de las causas de no retorno.

Nota: Artículo realizado en el marco de la Ayuda para la Formación del Personal Universitario (FPU), financiada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.