

El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos *Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia**

María Mayela Celis Aguilar**

SUMARIO

1. Introducción.
2. El caso *Neulinger*.
3. El caso *X v. Latvia*.
4. Conclusión.
5. Bibliografía

Resumen

El presente artículo explora la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de sustracción internacional de menores y reflexiona sobre su posible impacto en el funcionamiento del Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores. Se hace especial referencia a la sentencia *Neulinger y Shuruk c. Suiza* dictada por la Gran Sala, así como a la “conmoción” que produjo en la comunidad jurídica. A continuación, se examina la sentencia *X c. Letonia* misma que, tras el asunto *Neulinger*, ha sido la más sobresaliente emitida por la Gran Sala del TEDH. En particular, se analizan los razonamientos y fundamentos legales de dichas sentencias, poniendo de relieve tanto sus deficiencias como sus virtudes.

1. Introducción

El objetivo del presente trabajo es analizar la jurisprudencia del TEDH en la interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)¹ y su impacto en la interpretación del Convenio sobre Sustracción de Menores (CH1980), en particular los principios generales aplicables en dichos casos.

Para ello, se examinarán, en primer lugar, las dos sentencias más relevantes dictadas

* A fin de cumplir con las exigencias del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), este trabajo de investigación fue anteriormente publicado en la siguiente revista: Celis Aguilar, María Mayela. “El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos *Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia*”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* -acdi- 13, 2020, pp. 209-249. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.8476>. Se reproduce aquí con algunas modificaciones.

** Académica de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP); anterior Oficial Legal Principal de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH, www.hcch.net). Doctoranda en derecho en la UNED.

¹ Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y enmendado por una serie de protocolos. Disponible en: <https://www.coe.int/web/human-rights-convention/>

El TEDH fue creado de conformidad con el artículo 19 del CEDH a fin de “asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes de [dicho] Convenio y sus Protocolos”.

por la Gran Sala del TEDH en los asuntos *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (en lo subsiguiente, *Neulinger*) y *X v. Latvia*.² Se terminará con unas conclusiones sobre la percepción crítica de ambas sentencias, la de la interacción del TEDH y el CH1980 en el futuro y si podrían llegar a una feliz simbiosis. En particular, se demostrará que el papel que ha desempeñado el TEDH en la interpretación del CH1980 ha sido controversial.³

Recuérdese, primeramente, que la finalidad del CH1980 es la restitución inmediata del menor trasladado o retenido de manera ilícita en cualquier Estado contratante por uno de sus padres o una persona del círculo familiar - como consta en su artículo 1(a) -, salvo que se actualicen algunas de las excepciones indicadas en él (véanse, artículos 12, 13 y 20 del CH1980), y el juez considere en su discreción que el niño no debe ser restituido. Asimismo, el CH1980 tiene como propósito velar para que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes - artículo 1(b) -.

Ahora bien, como es bien sabido, el TEDH desempeña una importante labor interpretativa del respeto a los derechos humanos en Europa aclarando a las jurisdicciones nacionales, en los 47 Estados parte del CEDH, el alcance de sus preceptos en sus decisiones internas.⁴

Si bien el TEDH no interpreta directamente las disposiciones del CH1980, sí es competente para determinar si los tribunales nacionales en sus procedimientos han hecho valer las garantías consagradas en los artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 8 (asegurar el derecho al respeto a la vida privada y familiar) del CEDH, al interpretar y aplicarlo.⁵ Por lo tanto, el TEDH se ha sumado a la labor de interpretación del CH1980 de manera indirecta y únicamente en lo referente a los derechos humanos.

Por consiguiente, se puede afirmar que este actúa en cierta manera como un tribunal

² TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Application No. 41615/07), Grand Chamber [cita INCADAT: HC/E/CH 1323] y TEDH, *X v. Latvia* (Application No. 27853/09), Grand Chamber [cita INCADAT: HC/E/LV 1234].

³ El término controversial, admitido por el Diccionario de la Lengua Española, es utilizado aquí en su acepción de controvertido.

⁴ Tal como se desprende de su informe anual, el tribunal es víctima de su propio éxito. En 2017, el TEDH desestimó 70356 solicitudes y dictó sentencia solo en 15595 de las 85951 solicitudes decididas. Lo que es un avance significativo, pues implica un aumento de aproximadamente del 700% en el número de sentencias dictadas con respecto al año 2016 (en el cual solo se emitieron 1927 sentencias de un total de 38506 de las solicitudes decididas). Sin embargo, en 2018 hubo una considerable disminución de casos (solo se decidieron 42761 casos). Véase TEDH, Annual Report 2017 and 2018 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, p. 163 y p. 167, respectivamente (Chap. 6), https://echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf y https://echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf.

⁵ Como se ha indicado anteriormente, las sentencias del TEDH referidas en este estudio se enfocan principalmente en el artículo 8 del CEDH. La profesora Marta Requejo Isidro menciona que en algunas ocasiones el TEDH utiliza indistintamente el artículo 6 u 8 del CEDH en temas de sustracción de menores, sobre todo en cuestiones procedimentales. Véase Requejo Isidro, Marta, "El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores. Los estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión (2016)," *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián* 16, 2016, pp. 288-289.

supranacional para los efectos del CH1980.⁶ Debe, sin embargo, quedar claro que los tribunales nacionales sí cuentan con un margen de apreciación de los preceptos del CH1980 pero dicho margen está sujeto (eventualmente) a la supervisión del TEDH, quien revisará a la luz de los principios del CEDH, a fin de determinar si se salvaguardaron los derechos humanos de las personas que han intervenido en un caso dado, y de especial relevancia para la presente tesis, si se salvaguardó el interés superior del menor en el caso concreto.

Asimismo, se ha argumentado que en algunas ocasiones el CEDH, y por tanto el TEDH, tienen verdaderos efectos extraterritoriales. Si bien no se han considerado los casos de sustracción de niños como una competencia extraterritorial de los Estados parte, necesariamente el CEDH tendrá una influencia importante cuando la sustracción se lleve a cabo entre un Estado europeo y un tercer Estado, pues el Estado europeo puede ser sancionado por infringirlo, aun si se trata de una restitución de un niño a un tercer Estado (tal y como sucedió en *X v. Latvia*).⁷ Asimismo, se ha considerado que el CEDH cuenta con un carácter de orden público europeo, y por lo tanto, prevalecerá sobre derecho interno u otros tratados aplicables (inclusive de tratados con Estados no miembros a dicho convenio).⁸

En este sentido, conviene destacar que el TEDH se ha pronunciado sobre diversas disposiciones del CH1980, en particular los artículos 3, 11, 13(1)(b), 13(2), 16, 20, 21, entre otros, y su relación con el CEDH.⁹ Como se ha indicado anteriormente, de todas las decisiones dictadas interesa destacar, a efectos de este trabajo, los *principios generales que se deben aplicar en casos de sustracción de menores*, y en particular, poner de relieve la interacción del artículo 8 del CEDH y el CH1980.

Antes de profundizar en el tema, cabe señalar algunos aspectos introductorios con respecto al artículo 8 del CEDH. Como lo indica el profesor William A. Schabas, dicho artículo se divide en cuatro categorías: el derecho al respeto a la vida privada, la vida familiar, el domicilio y la correspondencia. Sin embargo, el título de dicho artículo se

⁶ Inevitablemente esta capacidad en este y otros temas puede resultar en una fricción entre tribunales supranacionales, y por ello, la suscripción de la Unión Europea al CEDH, se encuentra lejos de ser una realidad. En este sentido, la profesora Elisa Pérez Vera augura que ser reúnen todos los elementos para “una guerra de Cortes entre Luxemburgo y Estrasburgo, de consecuencias imprevisibles para la protección de los derechos humanos en Europa,” pero se mantiene optimista con respecto al rumbo europeo y a los cambios que se propiciarán en un futuro. Véase Pérez Vera, Elisa, “La problemática adhesión de La Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *España y la Unión Europea en el orden internacional*, eds. Joaquín Alcaide Fernández y Eulalia W. Petit de Gabriel, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 67.

⁷ Los efectos extraterritoriales han sido expresamente reconocidos por el tribunal. Véase TEDH, Factsheet – Extra-territorial jurisdiction of States Parties (julio de 2018), https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_ENG.pdf. Asimismo, cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, puede acudir al TEDH, siempre que la violación que se invoque haya sido cometida por uno de los Estados parte del CEDH y dicha persona esté “bajo su jurisdicción” (véase art. 1 del CEDH).

⁸ TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, § 133.

⁹ La base de datos INCADAT y Beaumont, Paul R., “The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction”, *Recueil des cours* 335, 2008, pp. 51-71.

centra en “vida privada y familiar,” y en efecto, la jurisprudencia en virtud de las primeras dos categorías es muy abundante.¹⁰ Para efectos del presente estudio, se hará énfasis en la categoría “vida familiar”. Cabe señalar que dicho artículo establece que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al respeto a la vida familiar (y de las otras categorías) a menos de que esté prevista por la ley y constituya una medida que sea necesaria en una sociedad democrática.¹¹ En efecto, el derecho de los padres e hijos de disfrutar de su compañía mutua (sin injerencia de la autoridad pública) forma parte de la médula del derecho al respeto a la “vida familiar” del artículo 8 del CEDH.¹²

La pregunta radica en si el CH1980, o su puesta en práctica, vulnera los derechos contenidos en dicho numeral, ya que en dichos procedimientos se ordena el retorno del menor al Estado de su residencia habitual (a menos que actualice una excepción) y eso provoca una injerencia del Estado en la relación entre padres e hijos. Por otro lado, como lo indica la profesora Idoia Otaegui Aizpurua, se ha admitido que existe una obligación positiva de los Estados parte a fin de “adoptar todas las medidas necesarias para facilitar el retorno de los menores sustraídos y el reencuentro de los mismos con sus progenitores abandonados [...]”¹³ Mientras que la primera sería una obligación negativa “de no injerencia”, la segunda una obligación positiva de reunir a los padres con los hijos.¹⁴

En este sentido, nos parece relevante transcribir un pasaje de la sentencia de *Ignaccolo-Zenide v. Romania*¹⁵ de la primera sección del TEDH de 2000 que dice lo siguiente (versión abreviada):

“El Tribunal recuerda que si bien el artículo 8 del Convenio tiende, en lo esencial, a proteger al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, también engendra obligaciones positivas inherentes a un “respeto” efectivo de la vida familiar. El artículo 8 implica el derecho de un padre a medidas que sirvan para reunirle con su hijo y la obligación de las autoridades

¹⁰ Véase Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 366.

Sin embargo, en la opinión del profesor Francis G. Jacobs, el estudio de las cuatro partes integrantes del artículo 8 también puede ser realizado de manera colectiva, ya que será más efectivo y amplio que un análisis de cada una de las partes aisladas. Véase, Jacobs, Francis G., *The European Convention on Human Rights*, Guildford y London, Oxford University Press, 1975, pp. 125-126.

¹¹ De conformidad con el artículo, dicha medida debe ser “necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹² Schabas, *op. cit.*, 391.

¹³ Otaegui Aizpurua, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 267.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 123-134. La profesora Idoia Otaegui Aizpurua admite que la diferencia entre una obligación positiva y una obligación negativa no se puede determinar con facilidad y los principios aplicables a ambas son similares.

¹⁵ TEDH, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7 [cita INCADAT: HC/E/RO 336].

nacionales de adoptarlas. Esta obligación no es absoluta, ya que la reunión de un padre con sus hijos que viven desde hace un cierto tiempo con el otro parente puede exigir a veces preparativos. La naturaleza y extensión de estos últimos depende de las circunstancias de cada caso, y es limitada la obligación de las autoridades de recurrir a la coerción en esta materia. En efecto, deben tener en cuenta los intereses y los derechos y libertades de las personas afectadas, y particularmente los intereses superiores del hijo y los derechos que le reconoce el artículo 8 del Convenio. En la hipótesis en que algunos contactos con los padres hacen que se corra el riesgo de amenazar dichos intereses o de afectar a tales derechos, corresponde a las autoridades nacionales cuidar a fin de que se produzca un justo equilibrio entre ellos.”

“El Tribunal considera que las obligaciones positivas que el artículo 8 del Convenio hace que pesen sobre los Estados contratantes en materia de la reunión de un parente con sus hijos deben interpretarse a la luz del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Tanto más es aplicable cuanto que, en el presente caso, el Estado demandado es igualmente parte de dicho instrumento.”¹⁶

Debido a esta resolución y otras que siguieron, la doctrina en un principio se había expresado favorablemente sobre la jurisprudencia del TEDH, haciendo hincapié en que no había cedido a la tentación de ampliar el ámbito del CEDH.¹⁷ Sin embargo, un vuelco en la postura del TEDH cambió el panorama. La doctrina criticó a la jurisprudencia emitida posteriormente por este, en particular en el asunto *Neulinger*, argumentando que había desvirtuado la naturaleza del CH1980 y había convertido a los procedimientos de restitución en verdaderos litigios de custodia¹⁸ o se había creado una posible incompatibilidad entre el CEDH y el CH1980.¹⁹ Ahora bien, en el caso *X v. Latvia*, el TEDH acertadamente indicó que los procedimientos de restitución no son litigios de custodia y además, eliminó esa posible incompatibilidad.²⁰

¹⁶ Traducción al español de Cortes Generales españolas reproducido en el sitio del TEDH con algunas modificaciones. Esta es una versión abreviada de los párrafos 94 y 95 de la sentencia referida.

¹⁷ Beaumont, Paul, “The Jurisprudence of the European Court of Human Rights...”, cit., pp. 51-71 y Schulz, Andrea, “The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights”, en *Family Life and Human Rights: Papers Presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Life*, ed. Peter Lodrup y Eva Modvar, Oslo, Gyldendal Akademisk, 2004, pp. 710-718.

¹⁸ Véanse, Walker, Lara, “The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of *Neulinger*”, *Journal of Private International Law* 6, no. 3, 2010, pp. 649-682; Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention – A Critical Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 27-28.

¹⁹ Véanse Herranz Ballesteros, Mónica, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los Derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo*, vol. 44, 2012, pp. 50, 59-60; González Beifuss, Cristina, “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 6 de julio de 2010. Caso *Neulinger y Shuruk contra Suiza*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 62, 2, 2010, pp. 232-235 (dicha autora señala en la nota nº 1: “[...] la Gran Sala elude pronunciarse acerca de la compatibilidad de una aplicación ortodoxa del Convenio de La Haya de 1980 con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la decisión pone de manifiesto la tensión existente entre ambos instrumentos [...]”).

²⁰ TEDH, *X v. Latvia*, § 101 y siguientes.

Ahora se examinarán *ambos asuntos* por tratarse de los más sobresalientes para los fines de este estudio. Cabe señalar, no obstante, que anteriormente a *Neulinger* existieron, además de la sentencia *Ignaccolo-Zenide v. Romania* anteriormente referida, tres sentencias relativas a los principios generales que deben aplicar al CH1980, y que a nuestro juicio nos parecen relevantes, emitidas por la tercera sección (las dos primeras sentencias) y la cuarta sección (la última): *Maumousseau y Washington c. Francia*,²¹ *Deak c. Romania y el Reino Unido*²² y *P.P. c. Polonia*.²³ Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, la Gran Sala del TEDH²⁴ se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la interpretación del CH1980 y su interacción con el CEDH:²⁵ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* y *X v. Latvia*. La última sentencia aclara (sin expresamente revocar) el alcance de *Neulinger*.

2. El caso *Neulinger*

La Gran Sala del TEDH se pronunció por vez primera sobre el CH1980 en la sentencia *Neulinger* del año 2010, que creó commoción en la comunidad jurídica, como se explicará más adelante. A manera de antecedente, cabe señalar que dicho caso fue primeramente admitido en principio por la primera sección del TEDH. Esta sección decidió por mayoría de 4 votos contra 3, que no se había infringido el derecho al respeto a la vida familiar de la madre y el niño de conformidad con el artículo 8 del CEDH.²⁶ En este apartado, se analizará exclusivamente la sentencia *Neulinger* emitida por la Gran Sala, toda vez que la sentencia de la primera sección fue revocada y pese a su interés jurídico, carece de relevancia en la aplicación del CH1980.

Los hechos de este caso son los siguientes: un matrimonio de una nacional de Suiza (y Bélgica) y un nacional de Israel, ambos judíos, tuvieron un niño nacido en Israel; el niño contaba con la doble nacionalidad suiza e israelí. El conflicto en el matrimonio se originó porque aparentemente el padre ingresó en una secta judía ultra ortodoxa (organización Lubavitch), y la madre no estaba de acuerdo. Debido a lo conflictivo del matrimonio, los servicios sociales israelíes tuvieron que intervenir solicitándoles vivir por separado. Posteriormente, los padres se divorciaron, y como resultado, se otorgó la custodia a la madre y el derecho de visita al padre. Sin embargo, existía una orden que prohibía trasladar al niño fuera de Israel.²⁷ A pesar de ello, la madre sustrajo al menor y

²¹ TEDH, *Maumousseau and Washington v. France* (Application no. 39388/05) [cita INCADAT: HC/E/FR 942].

²² TEDH, *Deak v. Romania and the United Kingdom* (Application no. 19055/05) [cita INCADAT: HC/E/UKe 974].

²³ TEDH, *P.P. v. Poland* (Application no. 8677/03) [cita INCADAT: HC/E/PL 941].

²⁴ Las atribuciones de la Gran Sala se establecen en el artículo 31 del CEDH, una de ellas es la remisión del asunto a la Gran Sala (equiparable a un tribunal de apelación), la cual debe ocurrir 3 meses a partir de la sentencia de una Sala (véase, asimismo el artículo 43 del CEDH).

²⁵ Cabe señalar que la Gran Sala solamente conoce de un porcentaje muy reducido de casos, de todas las solicitudes de “apelación” solamente procede el 5 %. Por ejemplo, recientemente los fallos de la Gran Sala fueron de 2323 y las de la sala son de 38840. Véase asimismo http://www.echr.coe.int/Documents/Note_GC_ENG.pdf.

²⁶ TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Application no. 41615/07) [cita INCADAT: HC/E/CH 1001].

²⁷ Si bien la madre solicitó dicha orden al inicio del procedimiento, posteriormente solicitó su revocación,

lo trasladó a Suiza, país originario de la madre.²⁸ Despues de acudir a diferentes instancias en Suiza, la Corte Federal suiza ordenó el regreso del menor a Israel, concluyendo que el menor no estaba expuesto a un grave riesgo; es decir, no existía un grave riesgo de que la restitución expusiera al menor a un peligro grave físico o psíquico, o que de cualquier otra manera pusiera al menor en una situación intolerable - artículo 13(1)(b) del CH1980-.

Posteriormente, la madre acudió ante el TEDH. Debido a que la sentencia de la primera sección del TEDH fue desfavorable, se solicitó la remisión del asunto ante la Gran Sala, la cual fue aceptada. Esta resolvió, **16 votos a favor y uno en contra**, que se infringiría el derecho al respeto a la vida familiar de la madre y el niño, de conformidad con el artículo 8 del CEDH si se ejecutara la decisión que ordenaba el retorno del niño. La sentencia *Neulinger*, emitida por la Gran Sala, parecía establecer parámetros para los tribunales de los Estados parte en los casos de sustracción internacional de menores. En concreto, el tribunal sostuvo que en los casos de restitución de menores (medida impugnada en el caso que se presenta) los procesos deben de ser justos y permitir que todas las personas involucradas puedan hacer valer plenamente sus derechos²⁹, y añadió que (véase párrafo 139 de *Neulinger*):

[...] [t]o that end the Court **must ascertain whether the domestic courts conducted an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors**, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with a constant concern for determining what the best solution would be for the abducted child in the context of an application for his return to his country of origin (see *Maumousseau and Washington* [...])"³⁰ (El énfasis es propio pues se quiere destacar justamente el carácter *controversial* de este párrafo).

Cabe señalar que *Neulinger* -en su fundamentación- parte de la sentencia *Maumousseau*, pero, al mismo tiempo, va más allá, ya que amplía su ámbito de aplicación, lo que produce una revocación de sus principios.³¹ En efecto,

que le fue denegada, debido al riesgo de que la madre no regresase con el menor. Las órdenes que prohíben el traslado del menor del país donde reside constituyen derechos de custodia para los efectos del CH1980, como ha sido ampliamente reconocido en la jurisprudencia internacional. A manera de ejemplo, véase el caso resuelto en la Suprema Corte de Estados Unidos de América: *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010) [cita INCADAT: HC/E/USf 1029].

²⁸ Las peripecias de la madre fueron plasmadas en su libro autobiográfico: *Neulinger, Isabelle, Jamais vous n'aurez mon fils*, Paris, Jourdan PixL, 2015, pp. 153-180.

²⁹ Este criterio fue tomado de *Maumousseau and Washington v. France*.

³⁰ TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* §139. Traducción de la autora: A este fin, el Tribunal **deberá** verificar si las jurisdicciones nacionales han efectuado un **examen exhaustivo de la totalidad de la situación familiar y de toda una serie de elementos**, de orden fáctico, afectivo, psicológico, material y médico, y si han apreciado de manera equilibrada y razonada los intereses de cada una de las personas, con la preocupación constante de determinar cuál sería la mejor solución para el niño sustraído en el contexto de una solicitud de restitución a su país de origen (véase *Maumousseau and Washington* [...]).

³¹ Como atinadamente lo indica el voto disidente del juez Zupančič, esta sentencia a pesar de que invoca

Maumousseau interpreta de manera restrictiva el artículo 13(1)(b) del CH1980 con base en que los Estados contratantes facilitarán el regreso del menor, y el país de la residencia habitual resolverá el litigio sobre la custodia; asimismo, reconoce que el tribunal nacional hizo un examen exhaustivo del conjunto de la situación familiar y otros elementos, y señaló que no se actualizaba la excepción del artículo 13 de CH1980. Sin embargo, en ningún momento, *Maumousseau* establece un criterio obligatorio relativo a que debe realizarse un examen exhaustivo de la situación del niño.

Posterior a *Neulinger*, fueron dictadas dos sentencias y una decisión que confirmaban ese criterio para los casos sobre sustracción, por la tercera, segunda y primera secciones, respectivamente (orden cronológico): *Raban c. Rumania*,³² *Šneersone y Kampanella c. Italia*³³ y *MR y LR c. Estonia*.³⁴

Dichos pronunciamientos han generado mucha controversia y preocupación en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado³⁵ (en lo subsiguiente, Conferencia de La Haya), así como en otros foros.³⁶ El anterior Secretario General de la Conferencia de La Haya, Hans van Loon, se dirigió al *Committee of Legal Advisers on Public International Law*³⁷ del Consejo de Europa el 17 de marzo de 2011 en Estrasburgo para subrayar esta preocupación.³⁸ En particular, un discurso extrajudicial del presidente del TEDH causó mucho revuelo, pues intentó aclarar y restringir los

Maumousseau, la revoca en sus conclusiones.

³² TEDH, *Raban v. Romania* (Application no. 25437/08) [cita INCADAT: HC/E/RO 1330].

³³ TEDH, *Šneersone and Kampanella v. Italy* (Application no. 14737/09) [cita INCADAT: HC/E/LV 1152].

³⁴ TEDH, *MR and LR v. Estonia* (Application no. 13420/12) (declarado inadmisible) [cita INCADAT: HC/E/EE 1177].

³⁵ La Conferencia de La Haya es una organización intergubernamental en cuyo seno se negoció el CH1980, la cual está encargada de dar seguimiento y monitorear activamente el funcionamiento de los Convenios de La Haya.

³⁶ La autora participó, en su calidad de miembro de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en las reuniones de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento de los Convenios de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y 1996 sobre Protección de Niños, y pudo ser testigo de la preocupación que se generó en los Estados contratantes por la jurisprudencia del TEDH.

Véase, Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre Sustracción de Menores de 2011 no. 48, la cual transcribimos a continuación:

“La Comisión Especial destaca las serias preocupaciones que se han expresado con relación a los términos empleados por el tribunal en sus sentencias recientes dictadas en el marco de los casos *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Gran Sala, no. 41615/07, 6 de julio de 2010) y *Raban v. Romania* (no. 25437/08, 26 de octubre de 2010), en tanto podrían interpretarse como ‘requiriendo que los tribunales nacionales abandonen el enfoque rápido y sumario que el Convenio de La Haya contempla y se aparten de una interpretación restrictiva de las excepciones del artículo 13 hacia una evaluación completa e independiente de las cuestiones de fondo generales de la situación. (conf. Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, extrajudicialmente’ (Info. Doc. no. 5)’.

³⁷ Comité de consejeros jurídicos de derecho internacional público.

³⁸ Véase van Loon, Hans, *Interaction Between Recent Case-law of the European Court of Human Rights and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 17 de marzo de 2011, <http://www.hcch.net/upload/coe2011.pdf>.

Si bien en este comunicado el Secretario General menciona la necesidad de revisar *Raban v. Romania*, debido a la incertidumbre que generó por haber extendido el ámbito de aplicación de *Neulinger*, el correspondiente colegio del TEDH rechazó la remisión ante la Gran Sala (artículo 43 del CEDH). TEDH, Press release issued by the Registrar of the Court, no. 377 of 28 April 2011.

efectos de *Neulinger*.³⁹ Dicho discurso pudiera ser considerado como una respuesta al discurso del Secretario General mencionado.

Asimismo, el criterio de *Neulinger* fue expresamente rechazado por la Suprema Corte de Reino Unido al considerarlo inadecuado.⁴⁰ No obstante, dicha Suprema Corte dictó una resolución acorde a los principios del TEDH, ya que consideró que el tribunal de apelaciones no consideró debidamente los alegatos de la madre en relación con el artículo 13(1)(b) del CH1980.

En nuestra opinión, la sentencia *Neulinger* adolece de algunas contradicciones. Primera, requiere a los tribunales hacer un estudio detallado y exhaustivo de las circunstancias, y al mismo tiempo, que estos de forma expedita dentro de las 6 semanas, término no obligatorio según el CH1980 aunque sí recomendado, tomen una decisión. Esta exigencia deja a los tribunales nacionales ante una compleja posición al tener que aunar exhaustividad en el análisis y celeridad en la toma de decisiones.⁴¹ Segunda, parece no tomar en cuenta que las pruebas se encuentran en el Estado de la residencia habitual del niño y por tanto, es fácticamente imposible hacer un examen exhaustivo de la situación del niño en tiempo tan breve. Tercera, aplica criterios establecidos por ese tribunal en la expulsión de extranjeros en situación migratoria irregular,⁴² a pesar del principio ampliamente reconocido según el cual *la restitución del menor no equivale a una deportación o extradición*. Por consiguiente, sugerimos a los tribunales abandonar dichos criterios, ya que son infundados. Cuarta, indica que el CH1980 es un tratado eminentemente procesal⁴³ lo que no es acertado, ya que este hace efectivos los derechos humanos de los niños, consagrados en los artículos 10(2) y 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.⁴⁴

³⁹ Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2011 no. 49:

“La Comisión Especial destaca una reciente declaración extrajudicial realizada por el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ver arriba), en la cual afirma que la decisión emitida en el marco del caso *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* no indica un cambio de dirección para el tribunal con competencia en materia de sustracción de niños y que la lógica del Convenio de La Haya consiste en que todo niño que haya sido sustraído debería ser restituido al Estado de su residencia habitual y es solamente allí donde su situación debería analizarse en su totalidad”.

⁴⁰ *Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2012] UKSC 10, [2012] 2 A.C. 257 [cita INCADAT: HC/E/UKe 1147] (Reino Unido). La decisión indica “[w]ith the utmost respect to our colleagues in Strasbourg, we reiterate our conviction, as Reunite requests us to do, that neither the Hague Convention nor, surely, article 8 of the European Convention requires the court which determines an application under the former to conduct an in-depth examination of the sort described. Indeed it would be entirely inappropriate”. Traducción de la autora: Con el mayor respeto a nuestros colegas en Estrasburgo, reiteramos nuestra convicción, como lo solicita Reunite, que ni el Convenio de La Haya ni seguramente el artículo 8 del CEDH requiere al tribunal que conoce de una solicitud en virtud del Convenio de La Haya a realizar un examen exhaustivo del tipo descrito. En efecto, esto sería totalmente inadecuado.

⁴¹ Véase por ejemplo, TEDH, *Karrer v. Romania*, Application no. 16965/10 [cita INCADAT: HC/E/RO 1149] §54-55.

En dicho caso, se concluyó que el tribunal de apelación en Rumanía se excedió en el tiempo para resolver el caso, dado que el procedimiento duró 11 meses y no se justificó adecuadamente la causa de la dilación.

⁴² TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, §146.

⁴³ Ibíd., § 145.

⁴⁴ Véase Detrick, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 183-191, 203-212.

3. El caso *X v. Latvia*

Solamente tres años tras haberse pronunciado en *Neulinger*, la Gran Sala del TEDH resolvió nuevamente un caso de sustracción de menores en el asunto *X v. Latvia*, el cual pone de relieve cuáles son los criterios del TEDH en este tema, y por ello, su indiscutible importancia.

Conviene señalar que dicha sentencia no revoca *Neulinger* sino que aclara sus alcances. Lo anterior, debido a que, al parecer, la Gran Sala no es muy afecta a revocar sus propias sentencias, por lo menos no expresamente. Considérese que la presión ejercida por los diferentes gobiernos, tribunales y organizaciones internacionales (tales como la Conferencia de La Haya) fue vital para el cambio de parecer del TEDH.

Se trata de una interpretación bienvenida y ansiada por los tribunales europeos y diferentes círculos doctrinales.⁴⁵ Sin embargo, cabe señalar que existe, en algunos foros, incertidumbre sobre el verdadero alcance de la sentencia *X v. Latvia*.⁴⁶ De ahí que durante la reunión de octubre de 2017 de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del CH1980, celebrada en La Haya, Países Bajos, se adoptara una conclusión neutral, sin celebrar ni repudiar el fallo:⁴⁷

De acuerdo a las Conclusiones y Recomendaciones N° 48 y 49 de la Sexta Reunión de la Comisión Especial de 2011 (primera parte), la Comisión Especial señala los avances realizados con posterioridad a la reunión, en el asunto X c. Letonia, en particular el examen del Tribunal que figura en la sección “Principios generales” (párrs. 92-108), en el que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó, entre otras cosas, que “cuando se trate de una demanda de retorno efectuada en aplicación del Convenio de La Haya, situación distinta a la de un procedimiento sobre el derecho de custodia, se deberá apreciar el interés superior del niño teniendo presentes [a la luz de] las excepciones previstas en dicho convenio [referencias a los arts. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya sobre Sustracción de Niños]” (Gran Sala, N° 27853/09, 26 de noviembre de 2013, párr. 101; véase también el párr. 107, en el que la Gran Sala destacó que estas excepciones “se interpretarán de manera estricta”).

⁴⁵ Boiché, Alexandre, “Enlèvement International d’enfants: la Cour européenne des droits de l’homme revient sur sa jurisprudence *Neulinger*”, *AJ Famille*, 2014, p. 58.

⁴⁶ Véanse por ejemplo: Requejo Isidro, “El derecho al respeto a la vida privada y familiar...”, 312-313; McEavly, Peter, “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?”, *Netherlands International Law Review* 62, no. 3, 2015, pp. 392-403, Doi: <https://doi.org/10.1007/s40802-015-0040-z>; Otaegui Aizpurua, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ... , cit.*, pp. 318-321.

Algunos autores han manifestado su preocupación y no han estado de acuerdo con el resultado, entre ellos: Beaumont, Paul, *et al.*, “Child Abduction: Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights,” *International and Comparative Law Quarterly*, 64, no.1, 2015, p. 48, Doi: [10.1017/S0020589314000566Publ](https://doi.org/10.1017/S0020589314000566Publ)

⁴⁷ Conclusión y Recomendación no. 17 de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (10-17 de octubre de 2017).

Como se verá a lo largo de este trabajo, y a pesar de este aparente velo de duda sobre su interpretación, la autora considera que esta sentencia es favorable y ha aclarado temas inciertos en relación con la interacción de ambos tratados. Sin embargo, se coincide con que en esta materia no existe una claridad perfecta, y dicho criterio, admite amplia flexibilidad a los tribunales.

Los hechos del caso son los siguientes: El menor nació en Australia de padres de nacionalidad letona (la madre, la cual adquirió la nacionalidad australiana en 2007 y contaba, por tanto, con la doble nacionalidad) y australiana (el padre). La madre letona se mudó con el padre australiano cuando ya se encontraba en los últimos meses del embarazo. A pesar de la mala relación entre ambos padres, la madre siguió viviendo en el apartamento del padre en Australia en calidad de arrendataria. Posteriormente, la madre sustrajo al menor de Australia en julio de 2008, sin el consentimiento del padre, y por ello, el padre interpuso una solicitud de restitución en septiembre de ese año. Los padres nunca estuvieron casados ni eran pareja de hecho. Un tribunal australiano otorgó responsabilidad parental al padre en un procedimiento posterior a la sustracción, sin aparentemente otorgarle garantía de audiencia y defensa a la madre (véase *infra* para información más detallada). Un tribunal de Riga ordenó el retorno del menor, pero la madre apeló alegando la excepción del artículo 13(1)(b) del CH1980 (véase *infra* para información más detallada). Posteriormente, el tribunal de alzada desestimó la apelación como infundada. El padre viajó a Letonia, e hizo justicia por su propia mano al despojar a la madre del menor en un lugar público y llevarlo consigo a Australia.

A primera vista, pareciera que la sentencia *X v. Latvia* fue reñida en cuanto a fijar parámetros para la aplicación del CH1980. Pero no fue así, ya que la controversia principal entre los jueces únicamente versó sobre si se debía *condenar a Letonia*. La mayoría concluyó que la solicitante sufrió una interferencia desproporcionada en su derecho a la vida familiar, ya que la decisión emitida en virtud de derecho nacional no satisfizo los requisitos inherentes del artículo 8 del CEDH, en base a que el tribunal regional de Riga no consideró debidamente los alegatos de la solicitante en virtud del artículo 13(1)(b) del CH1980.⁴⁸

De manera unánime, los jueces del TEDH estuvieron de acuerdo en realizar una interpretación armónica del CEDH y del CH1980. De una manera clara y acertada, los

⁴⁸ Como dato curioso señalamos que el juez de Letonia fue parte de la mayoría y por tanto, votó a favor de la condena de Letonia. Los jueces de la mayoría eran de Bulgaria, Estonia, Grecia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Montenegro y Portugal. Los jueces disidentes: Alemania, Azerbaiyán, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Finlandia, Italia y Reino Unido. Obsérvese que las grandes potencias como Alemania, Italia y Reino Unido votaron en contra de la mayoría dado que hubieran preferido que Letonia no fuera condenado, para así evitar fijar un criterio de difícil cumplimiento para los tribunales. Naturalmente, varios de los jueces ya concluyeron sus términos y fueron reemplazados por nuevos jueces de su respectivo país. No obstante, dicha sentencia no deja de ser controversial y de gran alcance, por ello es posible que jueces del TEDH, sin importar cuándo fueron designados o si participaron o no en las deliberaciones, cuenten con su propia opinión personal sobre el caso. Conversación con el juez español del TEDH, Luis López Guerra, el 25 de septiembre de 2014 en Estrasburgo, Francia, en el marco de la Jornada “Tribunal Europeo Derechos Fundamentales” de la Facultad de Derecho de la UNED.

jueces expusieron que un análisis de las disposiciones de los tratados internacionales no debería resultar en un conflicto o contradicción entre los diferentes tratados, siempre que el TEDH pueda realizar su objetivo de garantizar la observancia de los compromisos de los Estados contratantes. Posteriormente, señala la sentencia que debe existir un equilibrio entre los diferentes intereses del menor, los padres y el orden público. Añade que existe un consenso internacional sobre que el interés superior del menor debe ser primordial. Asimismo, indica que el CH1980 sigue la misma filosofía de restablecer el *statu quo* y menciona las excepciones. Aclara, además, que los procedimientos sobre sustracción son diferentes a los procedimientos de custodia.⁴⁹

En la sentencia *X v. Latvia*, los votos del TEDH se dividieron **16 contra 1** en relación con el criterio adoptado por *Neulinger*. Casi por unanimidad, los jueces (excepto por el juez Pinto de Albuquerque de Portugal) estuvieron de acuerdo en que el artículo 8 del CEDH **no obliga a los jueces nacionales a hacer un examen exhaustivo de la totalidad de la situación familiar** y de toda una serie de elementos de orden fáctico, afectivo, psicológico, material y médico, y si han apreciado de manera equilibrada y razonada los intereses de cada una de las personas, con la preocupación constante de determinar cuál sería la mejor solución para el niño sustraído en el contexto de una solicitud de restitución a su país de origen (véase, párrafo 105 de *X v. Latvia*). Por lo que, en efecto, cambia el criterio establecido en *Neulinger* (en su párrafo 139), dicho criterio hubiera desprovisto al CH1980 de todo significado, al convertirlo en un proceso de custodia.⁵⁰

Sin embargo, al parecer, el tribunal buscó un término medio, y por ello, exigió que dos condiciones se cumpliesen para una interpretación armónica del CEDH y el CH1980 (véase, párrafo 106 de *X v. Latvia*). Por una parte, los elementos susceptibles de constituir una excepción para el regreso inmediato del menor con respecto a los artículos 12, 13 y 20 del CH1980, particularmente cuando los invoque una de las partes, deben ser realmente tomados en cuenta por el tribunal requerido; asimismo, el tribunal debe motivar su decisión sobre este punto a fin de permitir al TEDH verificar que estos elementos fueron objeto de un examen efectivo. Por otra parte, dichos elementos deben ser evaluados a la luz del artículo 8 del CEDH. Luego de ello, el TEDH hace una acotación de no poca importancia: “véase *Neulinger*”. No es clara la intención del Tribunal Europeo al añadir dicha acotación, dado que *X v. Latvia*, de cierta manera, “revoca” implícitamente el criterio de *Neulinger* sobre el examen exhaustivo, al cambiar la postura del TEDH por mayoría de votos. No obstante, dicha acotación pareciera referirse únicamente al párrafo 133 de *Neulinger* sobre la naturaleza de orden público europeo de dicho instrumento, con respecto a si los tribunales nacionales han actuado conforme a las garantías consagradas en el CEDH. El futuro indicará cómo dicho criterio se aplicará en los tribunales nacionales de los Estados parte del CEDH.

⁴⁹ TEDH, *X v. Latvia*, § 92-102.

⁵⁰ Este cambio parece lógico pues las intervenciones tanto de gobiernos (Finlandia y la República Checa) así como la organización no gubernamental *Reunite* manifestaron su preocupación con la actual tendencia del TEDH a prácticamente desvirtuar el objetivo del CH1980. Asimismo, en otros foros, incluyendo el de la Conferencia de La Haya se hizo hincapié en la necesidad de revertir esos criterios. En otras palabras, el TEDH se encontraba prácticamente sitiado.

En lo que respecta a la condena a Letonia por haber infringido el artículo 8 del CEDH conviene hacer algunas precisiones. El TEDH se encuentra dividido y el voto fue bastante controvertido en relación con el argumento relativo a que el tribunal regional de Riga no consideró debidamente los alegatos de la solicitante en virtud del artículo 13(1)(b) del CH1980. La diferencia entre los jueces radica en el control que debe ejercer el TEDH sobre los tribunales nacionales, y en particular, en el actuar de dichos tribunales cuando se invoquen las excepciones en virtud del CH1980. La **mayoría de los votos (9 contra 8)** le confiere mayor responsabilidad a los tribunales en materia probatoria y al evaluar las excepciones, reconociendo que estos pueden recabar pruebas de oficio cuando así se contemple en el derecho interno; en cambio, el criterio de la minoría subraya que son las partes las que tienen la carga de la prueba y no corresponde al tribunal ir más allá de lo establecido y probado por las partes.

Se debe reconocer que el criterio de la mayoría de los miembros del TEDH en lo que respecta a la actuación de los tribunales en materia probatoria —reconociendo la posibilidad de actuar de oficio—, es mucho más oneroso y difícil de implementar. Surge la pregunta de si sería adecuado plantear esta disyuntiva en casos de sustracción de menores. Desde una perspectiva estricta del CH1980, la respuesta debería ser negativa. Dicha interpretación posiblemente llevaría a la interposición de más recursos y argucias jurídicas por parte de las partes, lo que alargaría los litigios y posiblemente generaría incertidumbre jurídica.

No obstante, en opinión de la autora, el CH1980 debe conciliarse con los tratados existentes de derechos humanos y la evolución de los derechos de los niños, y adaptarse a la evolución de la sociedad en la cual en la gran mayoría de casos, son las madres las que sustraen al menor;⁵¹ en algunas ocasiones, las madres se encuentran huyendo de violencia doméstica.⁵² Es decir, ahora son las personas responsables del cuidado principal del menor las que sustraen a los niños.

Por lo anterior, en vista de la vulnerabilidad de las personas involucradas, los tribunales deben cerciorarse, por los medios probatorios presentados por las partes o recabados de oficio, de que el menor no se encuentra en grave riesgo, particularmente cuando fuera invocado por las partes. En caso de que se encontrara, el tribunal tendrá la discreción de determinar qué medidas protectoras son suficientes para proteger al menor al regresarlo a su país de residencia habitual.

Parece una prioridad evitar resultados injustos como lo fue el caso que dio lugar a *X v. Latvia*. En particular, al regreso de la madre, el tribunal australiano emitió una decisión

⁵¹ Lowe, Nigel y Stephens, Victoria, Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report — provisional edition, pending the completion of the French version, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Documento Preliminar no. 11 de febrero de 2018 — revisado, 7-8, <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>

⁵² Lindhorst, Taryn y Edleson, Jeffrey L., *Battered Women, their Children, and International Law – The Unintended Consequences of the Hague Child Abduction Convention*, Boston, Northeastern University Press, 2012, pp. 104-107.

en la que otorgaba al padre responsabilidad parental de manera exclusiva y permitía a la madre visitar al menor bajo la supervisión de una trabajadora social. Asimismo prohibió, entre otras cosas, a la madre hablar al menor en letón.

El TEDH asumió el riesgo y lo felicitamos, al fin y al cabo, el criterio sobre la admisión y ofrecimiento de pruebas establecido por la sentencia *X v. Latvia* se aplicará en casos restringidos (en particular, cuando se invoquen excepciones en virtud del artículo 13). A pesar de este logro, aún existe el riesgo de que se compliquen excesivamente los casos de sustracción de menores, ya que no existen lineamientos para los tribunales nacionales. En efecto, el TEDH deja abierta la puerta a las interpretaciones que de este criterio hagan los tribunales nacionales, y probablemente incrementará el volumen de casos que se presenten ante este. Sin embargo, aproximadamente seis años después de la emisión del fallo no se observa un incremento que sea digno de mencionarse.

Algunos reputados autores se han manifestado en contra de la condena a Letonia y han advertido que el TEDH debe renunciar a actuar como la última instancia de apelación, sustituyéndose a las opiniones de los tribunales nacionales y retrasando los procedimientos en casos donde es imperativo que los casos se resuelvan con celeridad. Asimismo, dichos autores concluyen que se puede estar causando más daño a los niños, ya que no puede restablecerse el *statu quo*.⁵³

La autora no coincide con esta opinión.⁵⁴ Se debe aceptar que la celeridad de los

⁵³ Beaumont, Paul et al., "Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention," en *A Commitment to Private International Law, Essays in honour of Hans van Loon*, Reino Unido, Intersentia, 2013, p. 30.

Esta crítica, sin embargo, fue realizada antes de que se emitiera la sentencia final por la Gran Sala, y los autores criticaron especialmente la sentencia de una sala de la sección tercera del TEDH. Véase asimismo nota a pie de página 46.

⁵⁴ Se suman a nuestra crítica profesores de derechos humanos, como el profesor asociado, Antoine Buyse, de la Universidad de Utrecht en los Países Bajos que mantiene un ECHR blog, en el cual indica "We therefore believe that the ECHR got it "right" in this case [X v. Latvia] by stressing the assessment in relation to an individual child rather than paying "lip service" to the Hague Convention. This Convention may be viewed to provide a "greater good", yet it cannot ignore the reality of the individual child in view of the fact that at times primary carers can also be the main abductors." Traducción elaborada por la autora: Consideramos que el TEDH fue acertado en este caso [X v. Latvia] al subrayar que se debe evaluar con respecto al niño en específico en lugar de favorecer al CH1980 de dientes para afuera. Este CH1980 puede ser percibido como que otorga "un bien mayor", al mismo tiempo no puede ignorar la realidad del niño en específico en vista de que en algunas ocasiones los que tienen el cuidado principal del menor también pueden ser los sustractores. Antoine Buyse, <http://echrblog.blogspot.nl/2013/12/x-v-latvia-child-abduction-grand.html>.

Véase también Crumley, Brett "X v Latvia: Creative Harmony, Fortunate Result" Oxford Human Rights Hub, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/?p=3490>.

Pareciera ser que esta divergencia de opiniones se manifiesta entre profesores de derecho internacional privado y profesores de derechos humanos. Pero véase, una opinión de una profesora de derecho internacional privado que se encuentra a favor de la interpretación del TEDH: Otaegui Aizpurua, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos ... , cit.*, p. 321 (dicha autora indica "[...] lo que el Tribunal está realizando es una aplicación "más humana" y más "personalizada" del sistema instaurado por el CH 1980, sin olvidar las obligaciones que dicho texto normativo conlleva para los Estados miembros, pero centrando su atención en las principales víctimas de estas desafortunadas situaciones, que son los menores y en su situación concreta [...]".

procesos ya ha dejado de ser una excusa cuando se valoran la protección de los derechos humanos, y que *los derechos humanos se encuentran más presentes que nunca*. Sin embargo, la demora debe ser razonable.⁵⁵ El TEDH debe sin duda agilizar sus procesos porque son ahora demasiado prolongados. Por causa de dichas dilaciones en los procedimientos, es muy poco probable que el TEDH ordene un retorno del niño por el tiempo que ha transcurrido desde la sustracción, pero podrá en cambio concluir que existirá una violación al artículo 8 si se ejecuta una orden de retorno dictada por las autoridades nacionales, como en el caso de *Neulinger*, lo que tendrá como consecuencia la suspensión indefinida de dicha ejecución.

Por lo anterior, y para concluir este apartado, se señala que se coincide con que Letonia infringió el artículo 8 del CEDH. Dicha violación se basa en tres razonamientos (que van, en efecto, más allá del criterio de la mayoría): el tribunal letón no consideró efectivamente la excepción de grave riesgo en el artículo 13(1)(b); tampoco tomó las medidas de protección adecuadas para la restitución del menor, y determinó de manera errónea que existió un traslado ilícito y que los derechos de custodia habían sido efectivamente ejercidos basándose en una “orden de persecución” de un tribunal australiano. Estos temas son tratados con mayor profundidad en el artículo publicado por la autora en el Anuario Colombiano de Derecho Internacional mencionado al inicio de este escrito.

4. Conclusión

Es indudable que el papel que ha desempeñado el TEDH en la interpretación del CH1980 ha sido controversial. Lo anterior se debe a la incertidumbre que ha generado por las múltiples sentencias que han emitido tanto las secciones como la Gran Sala, así como la dificultad de dilucidar sus alcances concretos. Si bien, a consideración de la autora, en un inicio -desde *Neulinger*- las sentencias emitidas por el TEDH fueron perjudiciales para el CH1980, porque desvirtuaron su objetivo, la sentencia de *X v. Latvia* (Gran Sala) disipó las dudas sobre los principios regidores de este en relación con las garantías tuteladas por el CEDH, y buscó una interpretación armónica entre ambos tratados.

Para un examen más detallado, así como un análisis de jurisprudencia más reciente del TEDH, véase el artículo publicado por la autora en el Anuario Colombiano de Derecho Internacional multicitado.

5. Bibliografía

⁵⁵ Véase por ejemplo, la tesis mexicana Tesis III.2o.C.71 C(10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 40, marzo de 2017, tomo IV, p. 2639 (Registro no. 2013812) “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. atento al interés superior de éstos, el plazo de seis semanas que la autoridad judicial o administrativa competente tiene para resolver los procedimientos para la restitución de aquéllos, al poder excederse de ese periodo razonable y proporcional con la causa que lo originó, no está por encima del derecho de audiencia y defensa de las partes”.

BEAUMONT, Paul R., "The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction", en *Recueil des cours*, vol. 335, 9-103, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

BEAUMONT, Paul, Katarina Trimmings, Lara Walker y Jayne Holliday, "Child Abduction: Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights," *International and Comparative Law Quarterly* 64, N°1 (enero de 2015), 39-63. <https://doi.org/10.1017/S0020589314000566Publ>.

BEAUMONT, Paul y Lara Walker, "Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention" en *A Commitment to Private International Law, Essays in honour of Hans van Loon*, Reino Unido, Intersentia, 2013.

BEAUMONT, Paul y Peter McEavay, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

BOICHÉ, Alexandre, "Enlèvement International d'enfants: la Cour européenne des droits de l'homme revient sur sa jurisprudence Neulinger", *AJ Famille, Dalloz*, 2014.

DETTRICK, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

FORTIN, Jane, *Children's Rights and the Developing Law*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2009.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina "Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 6 de julio de 2010. Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 62, 2, 2010.

HERRANZ BALLESTEROS, Mónica "Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los Derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores", *Revista de Derecho Europeo*, vol. 44, 2012.

JACOBS, Francis G. *The European Convention on Human Rights*. Guildford y London: Oxford University Press, 1975.

McELEAVY, Peter, "The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?", *Netherlands International Law Review* 62, 2015, 365-405. <https://doi.org/10.1007/s40802-015-0040-z>.

NEULINGER, Isabelle, *Jamais vous n'aurez mon fils*. Paris : Jourdan PixL, 2015.

LINDHORST Taryn y Jeffrey L. Edleson, *Battered Women, their Children, and International Law – the Unintended Consequences of the Hague Child Abduction Convention*. Boston: Northeastern University Press, 2012.

OTAEGUI AIZPURUA, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., "Sustracción Internacional de Niños y Derechos Humanos", en *Cuestiones Complejas en los Procesos de Restitución Internacional de Niños en Latinoamérica*, coord(s) Lázaro Tenorio Godínez, Nieve Rubaja, Florencia Castro, México, Porrúa, 2017.

PÉREZ VERA, Elisa "La problemática adhesión de La Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *España y la Unión Europea en el orden internacional*, eds. Joaquín Alcaide Fernández y Eulalia W. Petit de Gabriel, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

REQUEJO ISIDRO, Marta "El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores. Los estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión (2016)," *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, 2016, 283-320.

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, "El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (nota a X c Letonia)", *Revista General de Derecho Europeo*, 33, 2014, 1-22.

SCHABAS, William A., *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SCHULZ, Andrea, "The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights", en *Family Life and Human Rights: Papers Presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Life*, ed. Peter Lodrup y Eva Modvar, Oslo: Gyldendal Akademisk, 2004.

SCHUZ, Rhona, *The Hague Child Abduction Convention – A Critical Analysis*, Oxford y Portland Oregon, Hart Publishing, 2013.

VAN LOON, Hans, *Interaction Between Recent Case-law of the European Court of Human Rights and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 17 de marzo de 2011, disponible en la dirección <<http://www.hcch.net/upload/coe2011.pdf>> (consultado el 26 de marzo de 2019).

WALKER, Laura, "The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the Danger of Neulinger", *Journal of Private International Law* 6, N° 3, 2010, 649-682.

Documentos oficiales

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Conclusiones y Recomendaciones de las reuniones en 2011, [2012](https://assets.hcch.net/docs/edce6628-3a76-4be8-a092-437837a49bef.pdf) y 2017 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, [y sus informes. Disponibles en <https://assets.hcch.net/docs/edce6628-3a76-4be8-a092-437837a49bef.pdf>](https://assets.hcch.net/docs/edce6628-3a76-4be8-a092-437837a49bef.pdf) (reunión de 2017),

https://assets.hcch.net/upload/wop/concl28-34sc6_en.pdf (reunión de 2012) y <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf> (reunión de 2011).

LOWE, Nigel, y STEPHENS, Victoria, Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report — provisional edition, pending the completion of the French version, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Documento Preliminar No 11 A de febrero de 2018 — revisado en <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>.

TEDH, Annual Report 2017 and 2018 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, p. 163 (Chapter 6) en https://echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf y https://echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf (consultado el 26 de marzo de 2019).

TEDH, Factsheet Extra-territorial jurisdiction of States Parties to the European Convention on Human Rights, July 2018, en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_ENG.pdf (consultado el 26 de marzo de 2019).

TEDH, Press release issued by the Registrar of the Court, No 377 of 28 April 2011, disponible en < [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22003-3520146-3971634%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22003-3520146-3971634%22]) > (consultado el 26 de marzo de 2019).

TEDH, The general practice followed by the panel of the grand chamber when deciding on requests for referral in accordance with article 43 of the convention (October 2011) en https://www.echr.coe.int/Documents/Note_GC_ENG.pdf.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH, *Deak v. Romania and the United Kingdom* (Application No 19055/05) [cita INCADAT: HC/E/UKe 974].

TEDH, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7 [cita INCADAT: HC/E/RO 336].

TEDH, *Karrer v. Romania*, Application No 16965/10, §54-55, 21 May 2012 [cita INCADAT: HC/E/RO 1149].

TEDH, *K.J. v. Poland* (Application No 30813/14) [cita INCADAT: HC/E/PL 1348].

TEDH, *Maumousseau and Washington v. France* (Application No 39388/05) [cita INCADAT: HC/E/FR 942].

TEDH, *M.K. c. Grèce* (Requête n° 51312/16) [no es un caso INCADAT].

TEDH, *MR and LR v. Estonia* (Application No 13420/12) (declarado inadmisible) [cita INCADAT: HC/E/EE 1177].

TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Application No 41615/07) [cita INCADAT: HC/E/CH 1001].

TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Application No 41615/07), Grand Chamber [caso INCADAT: HC/E/CH 1323].

TEDH, *Pellegrini v. Italy*, (Application No 30882/96), ECHR 2001 [no es un caso INCADAT].

TEDH, *P.P. v. Poland* (Application No 8677/03) [cita INCADAT: HC/E/PL 941].

TEDH, *Raban v. Romania* (Application No 25437/08) [cita INCADAT: HC/E/RO 1330].

TEDH, *Šneersone and Kampanella v. Italy* (Application No 14737/09) [cita INCADAT: HC/E/LV 1152].

TEDH, Statement of facts, Third Section, Application No 27853/09, 23 March 2010, disponible en el enlace: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid": "003-3086023-3415688"}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>.

TEDH, *Vladimir Ushakov v. Russia* (Application no. 15122/17) [cita INCADAT: HC/E/RU 1419].

TEDH, *X v. Latvia* (Application No. 27853/09), Grand Chamber [cita INCADAT: HC/E/LV 1234].

Jurisprudencia de varios Estados

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010) [cita INCADAT: HC/E/USf 1029].

MÉXICO, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis III.2o.C.71 C(10a), Décima Época, Libro 40, marzo de 2017, tomo IV, p. 2639 (Registro N° 2013812).

MÉXICO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis II.3o.C.78 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2928 (Registro N° 165071).

MÉXICO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis II.3o.C.79 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2959 (Registro N° 165070).

REINO UNIDO, *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 1 WLR 654 [cita INCADAT: HC/E/UKe 34]

REINO UNIDO, *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* [2011] UKSC 27, [2012] 1 A.C. 144 [cita INCADAT: HC/E/UKe 1068] (Reino Unido).

REINO UNIDO, *Re F. (Hague Convention: Child's Objections)* [2006] FamCA 685, (2006) FLC 93-277; 36 Fam LR 183 [cita INCADAT: HC/E/AU 864].

REINO UNIDO, *Re M. (A Minor) (Child Abduction)* [1994] 1 FLR 390 [cita INCADAT: HC/E/UKe 56].

REINO UNIDO, *Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2012] UKSC 10, [2012] 2 A.C. 257 [cita INCADAT: HC/E/UKe 1147].

REINO UNIDO, *T.B. v. J.B. (Abduction: Grave Risk of Harm)* [2001] 2 FLR 515 [cita INCADAT: HC/E/UKe 419].

Recursos electrónicos

BUYSE, Antoine, "X v Latvia Child Abduction Grand Chamber Judgment", *ECHR blog* disponible en <http://echrblog.blogspot.com/2013/12/x-v-latvia-child-abduction-grand.html>.

CRUMLEY, Brett, "X v Latvia: Creative Harmony, Fortunate Result", *Oxford Human Rights Hub*, en <http://ohrh.law.ox.ac.uk/x-v-latvia-creative-harmony-fortunate-result/>.

INCADAT (International Child Abduction Database) – la base de datos sobre sustracción internacional de niños, en <https://www.incadat.com/es>.

LEMBRECHTS Sara, "M.K. v. Greece – Implementing children's rights in legal proceedings following an international parental abduction", *Strasbourg observers* <<https://strasbourgobservers.com/category/cases/m-k-v-greece/>>.

MOYES Jojo, "Zulu boy allowed to stay in Britain with foster mother", *Independent*, 26 February 1997 <<https://www.independent.co.uk/news/zulu-boy-allowed-to-stay-in-britain-with-foster-mother-1280636.html>>.