

## Los Intereses Superiores del Niño

*Más que referirnos a un concepto vacío (el “interés superior” del niño), nos apoderaremos de todas las normas internacionales que tratan de los intereses de los niños.*

Alain Cornec  
Abogado, Doctor en Derecho  
CORNEC Villard & Associés París  
Vice-Presidente de la Academia Euroamericana de Derecho de Familia

Probablemente no hay un «interés superior del niño» único, abstracto y absoluto, sí son muchos los intereses que pueden ser definidos como superiores de los niños. Lo que demuestra que pueden ser concretos y utilizados en el contexto interno de cada país.

El propósito de este estudio es animar a los abogados y jueces para apoderarse de esos múltiples “intereses superiores” de los niños, resultantes de normas supranacionales y mostrar claramente cuáles son los que se encuentran especificados en esas reglas.

Para ello, necesariamente, todos vamos a leer y releer esos textos fundamentales, sacándolos de su plataforma de honor, donde se almacenan bajo capas de naftalina. Tendremos que mirar y nombrar los intereses superiores de los niños y listarlos en nuestras conclusiones, y los jueces tendrán que hacer cumplir las obligaciones derivadas de esos textos sino tendrán que explicar la razón de su omisión.

*(nota: unas ideas de este artículo se encuentran en Alain Cornec Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant Journal du Droit des Jeunes, Paris 2010).*

El concepto de "interés superior del niño", está ilustrado concretamente en un instrumento jurídico internacional que aunque no se encuentra expresado en esos términos, sin embargo lo contiene: la XXVIII Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. En este caso, el “interés superior” es no ser desplazado de su residencia habitual sin derecho .

Si bien el “interés superior del niño” como concepto único parecería carecer de sentido, no ocurre igual con los intereses superiores. Nosotros, los profesionales del derecho de familia, deberíamos intentar convencer a nuestros jueces y a nuestros gobiernos a respetar esas reglas internacionales que han aceptado y que son superiores a los deseos de nuestros clientes y a nosotros mismos como también respecto de ellos. En este sentido, son sin duda “superiores” a todos.

Y estamos convencidos que este recordar constante de reglas internacionales comunes, que se imponen aun a los estados, contribuirán a un mundo mejor... que sería el verdadero interés superior del niño.

Este estudio se inició con la idea que "el interés superior del niño" no existía lógicamente (1ª parte de este ensayo) pero sí legalmente (2ª parte), el que se podía encontrar en el Convenio de la Haya de 1980 (3ª parte), además en los convenios de derechos humanos, y especialmente en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños (4ª parte).

## 1 - EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, UNICO Y ABSTRACTO, NO EXISTE.

Es esta frase parte del derecho positivo pero molesta ...

### 1.1. ... Molesta al abogado

Hablar de "interés superior del niño" no es satisfactorio para el abogado.

Para Bill Hilton, el primer especialista estadounidense en la Convención de La Haya de 1980: "El interés del niño, es un pedazo de caucho; el juez lo lleva a darle la forma que él quiere

La Sra. Profesora francesa Rubellin Devichi de Lyon escribió hace algunos años: "Dar al juez el derecho a determinarse, en función del interés del niño es darle el derecho a no aplicar la ley"

### 1.2. ... Molesta al traductor

Mientras, si el "interés del niño" sin adjetivo es impreciso, que puede significar el interés "superior" ??? Esta traducción aproximada del inglés, "best interest", molesta al traductor. El artículo 3 CIDN dice en su versión en inglés:

*3.1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the **best interests of the child** shall be a primary consideration.*

*3.1. En todas las acciones concernientes a los niños que pueden tomar parte instituciones de asistencia social públicas o privadas, tribunales, órganos administrativos o legislativos, el "best interest" (interés superior ???) del niño debe ser de consideración primordial.*

Véanse los textos francés y español. Sin embargo, "**best interests** del niño" nunca ha significado "interés superior del niño", sino "interés del niño." Algunas palabras pueden ser vacías de contenido y aquí, es el caso de "best".

Cuando un esposo inglés presenta su esposa, dice, «**my better half**» (la mejor mitad de mí), donde los franceses dicen sencillamente "mi (otra) mitad."

Esto no significa que la mujer del inglés es superior a la del francés. Sólo el inglés (el hombre o la lengua) usan una hipérbole social. Del mismo modo, el padrino del novio en la ceremonia matrimonial es el «**best man**» "mejor hombre" (padrino), lo que parece curioso a los franco e hispanoparlantes. En francés, decimos "le garçon d'honneur".

En derecho contractual, cuando no se promete lograr un resultado concreto, el francés ve una obligación de «**moyens**» (medios) donde los ingleses hablan de «**best efforts**» "mejores esfuerzos".

Este es un ejemplo práctico del uso como sinónimos de «interests» y «best interests» en el contexto Inglés, lo que muestra la contradicción de traducir "«**best interests**» por "interés superior".

La Academia Americana de Abogados Matrimoniales (AAML), que incluye cientos de abogados especializados en derecho de familia (con leyes que tienen escasas diferencias en los 50 estados) publica el "Manual de Divorcio: manual del cliente." Esto es lo que consigna la edición de Noviembre 2010, páginas 31 y 32:

**The lawyer-client relationship... C - What you cannot expect from your lawyer:**

La relación abogado-cliente .... Lo que no se puede esperar de su abogado: ...

**4 -Your lawyer may be reluctant to act against the best interests of your children.**

4 - Su abogado puede ser reacio a actuar en contra de los intereses (sin "superior") de sus hijos.

**A lawyer's first duty is to look out for the client's best interests.**

El primer deber de un abogado es salvaguardar los intereses de su cliente (sin "superior").

Yet divorce lawyers are also concerned about the *welfare* of the children,  
Sin embargo, los abogados que intervienen en el divorcio, tendrán en cuenta el bienestar (igual interés, sin superior) de los niños

and some ethical guidelines encourage lawyers  
y algunas guías de conducta ética se fomentan en los abogados...

to keep **the children's interests** in mind (sin "superior").

tener en cuenta los intereses de los niños (sin "superior", o "best" en el texto inglés).

Este texto inglés utiliza sin diferenciar "intereses", "interés" "mejor interés" y "bienestar". Y emplea juntos "*best interests of the client*" y "*best interests of the*

*children*" mejores intereses del cliente" y "mejores intereses de los niños." Lógicamente, los dos juntos no pueden tener primacía y ser superior uno al otro! Nadie ve en la palabra "best" un principio general! ni algún interés "superior" del niño.

Esta hipérbola hueca existe también en francés. Cuando un superlativo es inoperante el utilizarlo no añade nada tangible. Ejemplo concreto: un colega abogado me comunica cuáles son los medios de prueba de un caso. Esto es normal (Art 132 CPC) Si él me manda una carta de presentación deseándome « **bonne réception** » "buena acogida", no añade nada concreto para el cumplimiento de su deber procesal, pero es amable.

Algunos, en su carta, me desean "excelente acogida", lo que es un absurdo: ya que recibo los medios de prueba (así implícitamente "bien") o no los recibo. No puedo recibir los medios de prueba en forma "moderada" o "media". Y si por aventura colegas italianos me desean una recepción de documentos « **excellentissima** » , ello sólo significa nada más que "bien", es decir "efectivamente".

El "mejor" o "superior" interés del niño padece de esa misma retórica sin sentido.

### 1.3. ...Molesta al gramático

Por ejemplo, el francés habla de "vin supérieur", de cualidad más alta, opuesto al de "vin ordinaire" et de "supérieur hiérarchique" (el jefe) opuesto al "inférieur" que debe obedecer.

Le ruego que me disculpen de antemano por el siguiente recuerdo técnico que puede sonar pedante, especialmente en otra lengua que no es mi lengua materna. Convencionalmente se distingue las siguientes formas de adjetivos:

- lo positivo, forma básica sin connotación: alto
- el comparativo que establece una jerarquía entre dos elementos:
  - o la superioridad comparativa: mas alto o igualdad: tan alto como,
  - o la inferioridad comparativa: menos alto que.
- el superlativo que exige el más alto grado de calidad (superioridad o inferioridad).  
Dependiendo de si se ha hecho o no referencia a una clase de elementos, por lo que se puede distinguir:
  - o el superlativo relativo: el más alto (superioridad), el menos alto (inferioridad),
  - o el superlativo absoluto: muy alto (superioridad), muy poco alto (inferioridad).

Entonces en "interés superior del niño", "superior" es el superlativo de "alto"; pero no está claro si este superlativo es relativo o absoluto: "muy alto" o "el más alto"? Consecuentemente, en la frase "interés superior del niño", "superior" es utilizado en forma abstracta como si fuera un adjetivo positivo sencillo, autónomo, sin un sentido claro que se oponga a otro inferior, o a que se refiere...

## **2 - PERO SE DEBE ENCONTRAR UN INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO...**

2.1 ¿Es “superior” un superlativo absoluto? el interés del niño es muy importante, estamos todos de acuerdo. Pero, ¿es de importancia puramente formal como para el caso de los medios de prueba que sean “excelentísimamente comunicados”?

O un superlativo relativo?? Y en este caso mejor o superior a qué? O a quién ??

A qué? una primera respuesta surge del juicio de Salomón: frente a las regulaciones estatales, el interés del niño es superior. El debe privilegiarse por sobre otros intereses. Esta es esencialmente la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. A quién? A los padres? la cuestión parece permanecer intacta.

2.2 ... Pero el Código Civil trae normas que nos obligan

Dado que el derecho positivo (francés y de muchos países) adopta la expresión "interés superior del niño" (que todavía no lo encontramos en ningún artículo del Código Civil francés), sin embargo el artículo 1157 de este Código trae una regla de interpretación de los contratos, que puede ser útil:

*"Cuando una cláusula es susceptible de dos significados, se la debe interpretar optando por la interpretación que le de algún sentido, no por la que no produzca ningún efecto."*

Dado que parece haber dos tipos de "interés del niño" (el ordinario y el superior) parecería entonces que es esencial que esa diferencia deba producir un resultado, sin embargo, la Corte de Casación francesa el 18 de mayo 2005, aparentemente indujo a los jueces franceses de primera instancia y apelación a invocar esa fórmula como se fuera mágica, bajo pena de sanción disciplinaria, pero sin necesidad darle un contenido concreto.

Aún sin certeza de poder encontrar el "interés superior del niño" absoluto, nos tranquiliza hallar al menos un ejemplo concreto de un "interés superior del niño".

## **3 - LA CONVENCION DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980, DA UN EJEMPLO CONCRETO DE UN INTERÉS "SENCILLO" Y UN INTERES "SUPERIOR" DEL NIÑO**

3.1. Breve introducción a la Convención de La Haya de 1980

El interés "ordinario", habitual, es decir “no superior”, del niño es probablemente que sea “criado en el mejor contexto posible”. Pero el interés «superior» del niño, el interés que es la base de la Convención, nombra el derecho a no ser removido de su lugar de residencia por la fuerza, a fin de seguir manteniendo relaciones con ambos padres.

Por ello, la Convención de La Haya de 1980 se basa en un interés superior (implícito pero real), más alto que el interés del niño en su sentido habitual, superior al interés de los padres, más trascendente que la visión desde un ángulo nacional.

La Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 (en adelante "CH") entró en vigor en Francia en 1983 y hoy se aplica en más de 80 países. En el contexto europeo interno, el Reglamento "Bruselas II bis" R 2203/2001 impone reglas respecto a ella.

Su objetivo es restablecer la situación anterior a la sustracción ilícita de niños prohibiendo cualquier decisión judicial sobre la "custodia" por un juez que no sea el del lugar de residencia. Sólo este último puede actuar tomando en consideración los intereses del menor.

A través de una solución cuasi automática de volver al "statu quo ante", la Convención trata de evitar la tentación a corto plazo del "secuestro", que permitía que el padre sustractor obtenga una ventaja legal adicional por su acción ilegítima. No dice cuál va a ser la legislación aplicable o la jurisdicción, pero ellas se encuentran incluidas en la legislación interna de cada Estado, es decir, de hecho, la ley del Estado de residencia habitual del menor.

Este es un paso importante para evitar que uno u otro padre caiga en la tentación de cometer un hecho de fuerza ya que es inútil tomar al niño si debe ser devuelto casi inmediatamente a su "juez natural", el de la residencia habitual del niño.

Raras son las excepciones a esta norma. Las primeras no requieren desarrollo, ni explicación:

1. Aceptar el desplazamiento por el otro padre.
2. Negativa del adolescente a retornar.
3. Iniciar el caso demasiado tarde, fuera del plazo establecido.
4. La más importante: el retorno puede ser denegado si hay un riesgo grave o si una situación intolerable puede resultar del regreso (CH artículo 13 b)

*"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u organización que se opone a su restitución demuestra que:*

*... b) existe un grave riesgo de que el retorno del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de otra manera ponga al menor en una situación intolerable.»*

El padre que tomó al niño casi siempre piensa que es el interés del niño, el que justifica el traslado o la retención, por lo tanto puede tratar de eludir la aplicación de la Convención, para que el menor no retorne a su país de residencia habitual.

Objetivo que sólo se puede alcanzar en caso de grave peligro o de "situación intolerable".

El padre "fugitivo" teme que la custodia sea decidida entonces en un país dejado en malas condiciones. Teme la falta de objetividad de los jueces, y que sean a priori favorables al otro padre, por lo general de la misma nacionalidad que el juez. Teme el castigo de su partida.

En los años que siguieron a la entrada en vigor de la Convención de La Haya en cualquier país, es frecuente que los tribunales traten de no aplicar la Convención prohibiendo el retorno del niño. Les parece servir a los intereses inmediatos, habituales (no "superiores") del niño, como en la escena de un divorcio clásico interno, sin tener en cuenta los criterios restrictivos de la CH. Que este interés sea llamado "superior" no cambia la realidad.

Así, la Corte de Casación francesa confirmó en 1999 la decisión de un tribunal de apelación negando el regreso de dos niños traídos de Alemania a Francia por su madre francesa, con motivos ajenos del artículo 13b de la Convención de La Haya.

*"Pero dado que el Tribunal de Apelación, sostuvo, ...que el riesgo de grave peligro o la creación de una situación intolerable que se refiere el artículo 13, párrafo 1, b, del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980 justifica la retención de los niños desplazados podría resultar en un nuevo cambio en la vida de los niños, ha decidido soberanamente que la separación de la madre de un niño de tres años, y que la ruptura con su hermano, incluye un peligro inmediato psicológico, y el repentino regreso de los niños a Alemania los pondría, dado su corta edad, en una situación intolerable"*

En otras palabras, si uno trae un niño fuera del país de residencia habitual, su simple retorno es un grave riesgo, si lo devuelve al punto de partida. Como el Tribunal Supremo francés se refiere a la discrecionalidad del juez de los hechos en este punto, todo es posible. Basta invocar el "interés superior del niño" para evitar la casación.

Esta decisión (T... c/L...) condujo al contra secuestro de los niños por el padre alemán. El pensó que si los jueces no aplicaban la ley, por qué la debería respetar? Luego de esto surgió la respuesta política a fin de lograr cooperación real entre los dos países, una voluntad común de hacer cumplir efectivamente la CH. Ahora Francia y Alemania aplican el texto conforme al espíritu de la Convención de La Haya.

En el contexto del artículo 13b, la defensa del "secuestrador", es presentar al otro padre que pide la restitución, como "intolerable" para los niños. Al padre solicitante, que habla de "secuestro" (lo que no se hubiera hecho en un divorcio sin elementos internacionales, en adelante divorcio interno), se le responde que vivir con él es un "riesgo grave", "intolerable", para sus hijos.

Así es reintroducido, amplificado, el comportamiento agresivo del "viejo" divorcio por culpa pero con un importante cambio de persona: la supuesta mala conducta no es más la del otro cónyuge, sino que es una violación cometida contra el niño. El que niega el regreso del niño lo presenta como víctima de hechos "graves" o "intolerables" de los cuales acusa el padre solicitante. Cualquiera de las partes en el juicio debería ser consciente de la dinámica perjudicial que puede resultar para toda la familia, en especial para el niño. Quien entra en un tal juego sin motivos muy graves, puede realmente decir que tiene en cuenta el interés del niño?

### 3.2. El Convenio de La Haya y el interés superior del niño

La Convención de La Haya no explicita específicamente el interés del niño, sino lo consigna solamente en el preámbulo:

*Los Estados signatarios de esta Convención,...*

*"Firmemente convencidos de que **los intereses del niño** son de suma importancia en cuestiones relativas a su custodia, deseosos de proteger a los niños a nivel internacional, contra los efectos nocivos de su traslado o retención ilícitos y establecer procedimientos para asegurar su pronto retorno al Estado de residencia habitual y para **garantizar la protección del derecho de visita,...** "*

El general y abstracto "interés superior del niño" es **garantizar la protección de un derecho esencial. Aquí es, el derecho de no ser separado de un padre en condiciones ilícitas.** El Convenio no trata del interés de un niño a vivir aquí o allá, con su padre o su madre, pero sí del interés general de los niños a no ser removidos por la fuerza de su centro de vida, antes de la elección concreta del mejor padre para su cuidado.

Sin embargo, el concepto que el derecho de no ser removidos por la fuerza es superior al "interés del niño sencillo" está presente continuamente. El informe explicativo del Convenio de La Haya preparado por la Sra. Profesora Elisa Pérez Viera N° 20 habla del interés superior del niño mientras que señala en el No. 23, "la parte dispositiva no contiene ninguna referencia explícita al interés del menor como criterio de corrección del objetivo de la Convención".

El Convenio no se refiere a los intereses del niño que se deducen implícitamente en el artículo 13b (citado anteriormente). Para fundamentar la retención, el único interés que puede ser tomado en cuenta por el Tribunal es negativo ("intolerable"):

*"... El riesgo grave de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que ponga al menor en una situación intolerable.»*

"Grave" e "intolerable" son palabras fuertes, de carácter excepcional.

La Convención no está destinada a ayudar a largo plazo a elegir el mejor padre a quien confiar el niño, ni a mantener la relación del niño con sus dos padres, dos países, dos culturas. Se forja la espada de Salomón, que puede cortar (al niño? a la mala madre?) si es necesario...*(nota: Alain Cornec, La Convention de la Haye et jugement de Salomon, Gaz.Pal. 2006 p 608).*

El peligro físico, fuerza mayor, son válvulas de seguridad: uno no devuelve a un niño durante una epidemia, ni durante una guerra civil, pero si se ha considerado muchas veces que la situación en Israel no es una razón para el no retorno. Pero más allá de este tipo de eventos de riesgos externos "objetivos", hasta donde va el insostenible "subjetivo"? Claramente, es regresar con el Papá el peligroso? (en Francia, el reclamante más frecuente es un padre extranjero). No sería mejor quedar con la Mamá buena, más cuál es el interés (habitual ) del niño? Más razonable? Ciertamente, puede ser "mejor", pero "mejor" es un comparativo de bien, no un superlativo. Y aquí se trata de una norma superlativa.

Para evitar el retorno, todos los disparos se permiten, algunos piensan que no hay límites, sin tener en cuenta la necesidad de que, a largo plazo, el niño mantenga relaciones con el otro progenitor. Pero cuando se niega el retorno por razón de riesgo grave relativo al padre o a la madre, en la práctica se le va a negar también el derecho de visita, justificado por este peligro. Es la actitud de "la falsa madre" en el juicio del rey Salomón. Tradicionalmente, la violencia doméstica y la bebida se alegan para justificar la negativa a devolver al niño. Pero también emergen denuncias de abuso físico o sexual en los niños. El juez debe tener en cuenta que cuando niega el regreso en base al artículo 13b, fundamentado en un riesgo grave sencillamente porque vivir con la madre es mejor en su opinión que con el padre (o viceversa), no solamente amenaza con cortar el niño, sino que lo corta.

Las acusaciones, verdaderas o falsas, deben ser muy serias para satisfacer el criterio de "grave riesgo", que sólo es suficiente para impedir el retorno del art. 13b. Testimonios 'heroicos' se brindarán por los familiares, quienes nunca lo hubieran hecho en un divorcio interno habitual francés.

Algunos países consideran que estos problemas "subjetivos", y aún los casos más extremos, deben ser decididos por el tribunal del lugar de residencia. Otros tribunales están satisfechos con la única acusación de un riesgo grave, para estimar que ellos no son capaces de "tomar el riesgo".

Incluso si todas las apelaciones de casación invocan "el interés superior del niño", ninguna decisión reciente de la Corte Suprema se negó a restituir un niño con consideración concreta de "el interés superior del niño"

20 de octubre 2010 N° de Recurso: 08-21161

08 de julio 2010 No. apelación: 09-66406

17 de junio 2009 N° de Recurso: 07-16427

25 de febrero 2009 N° de Recurso: 08-18.126  
10 de julio 2007 N° de Recurso: 07-10190  
13 de julio 2005 N° de Recurso: 05-10519 05-10521  
14 de junio 2005 N° de Recurso: 04-16942

#### **4 - SINTESIS : LOS INTERESES SUPERIORES DEL NIÑO DEFINIDOS POR LOS CONVENIOS DE DERECHOS HUMANOS Y DEL NIÑO**

4.1 Existen instrumentos jurídicos internacionales, que incluyen “derechos superiores” a favor de niños como la Convención de la Haya de 1980, que lo hace sin nombrarlos (a excepción de su preámbulo).

Otros pueden mencionar el “interés superior del niño ” en especial la Convención de Nueva York sobre los derechos de niños (CIDN) de 1989 que utiliza la frase “interés superior del niño” por lo menos en los textos español y francés.

También otras incluyen normas a favor de todos los seres humanos, por lo tanto, abarcan los niños.

- Convención universal de derechos humanos (CUDH)

- Convención europea de derechos humanos. (CEDH).

Esta última tiene un recurso efectivo con la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo. Sus decisiones se imponen a todos los países miembros (países “europeos” incluyendo Turquía e Israel).

4.2. Esos derechos superiores se pueden oponer . Cual será el más superior??

4.2.1. El Caso CEDH “Neulinger”

Dos normas que tratan del “interés superior del niño” pueden entrar en conflicto. Así en la decisión del 06 julio de 2010 de la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos en “Neulinger y Shuruk vs. Suiza” (6 julio 2010, reg. [41615/07](#)) se oponen las reglas de la CH80 y las de la CEDH.

El juez suizo había ordenado el regreso del niño a Israel basado en el Convenio de La Haya. La madre fue a la Corte EDH. Después de un largo proceso de tres años más, la Corte EDH rechazó la restitución del menor, en nombre del “interés superior” del niño aparentemente en contra de la corriente implementada.

La primera decisión EDH fue a favor de la restitución (sentencia del 08.01.2009). Los hechos eran especialmente serios ya que el padre, quien demandaba el regreso, solo tenía en Israel un acceso **supervisado\*** al país. El resumen oficial de la decisión es:

**Supervisado\*:** *Sobre el niño? Qué es un acceso supervisado? No es la guarda?*

*La orden de restitución dictada por el Tribunal Federal (Suizo) tenía base jurídica suficiente e implementaba el objetivo legítimo de proteger los derechos y libertades del niño y su padre. Dados los cambios en la situación del niño y de la madre que se expresan en la resolución de medidas provisionales de la Corte de Distrito en Lausana el 29 de junio de 2009, la Corte considera que no está en el interés superior del niño regresar a Israel. De hecho, el retorno sería un peligro para sí mismo y*

*sólo podría ser hecho con su madre para no correr el riesgo de una lesión grave.*

*Esta última, a su vez sufriría una injerencia desproporcionada en su derecho de respeto a la vida familiar si se viera obligada a regresar a Israel (cap 89 -. 151).*

*Conclusión: violación del art. 8 del CEDH.*

La Corte EDH destacó:

*141. No se pide al Tribunal que sustituya a las autoridades competentes en el examen de la cuestión de si el niño se enfrentaría a un grave riesgo de daño psicológico en el sentido del artículo 13 de la Convención la Haya, en caso de regreso a Israel. Sin embargo, es competente para determinar si los tribunales nacionales en la aplicación e interpretación de las disposiciones del presente Convenio, han cumplido con las garantías del artículo 8 de la Convención, en particular teniendo en cuenta el interés superior del niño.*

4.2.2 Comentarios negativos: ¿Va la Corte EDH a derogar el convenio de la Haya de 1980?

Los comentaristas lamentaron esta decisión en cuanto al retorno a un "interés del niño" de "viejo estilo" llamado abstractamente "superior". Tal vez se debe ver en esta decisión una consecuencia de la duración del proceso, cinco años desde el inicio con casi tres antes de la CEDH, y que Israel, con especial severidad, puede imponer una pena de prisión muy dura para al padre secuestrador. Parece que en esta decisión no prestó atención al "interés del niño" ni tampoco al interés "superior" entre otros de no ser desplazado por la fuerza.

Anotadores "no europeos" (incluyendo a dos notorios en el campo, Jeremy Morley y David Hodson) lamentan la diferencia entre Europa y el resto de los 50 o mas países que aplican la CH 1980, sin estar sujetos a CEDH. Puede el interés del niño estar en dos direcciones contrapuestas? Los países anglosajones dan gran importancia a la reciprocidad internacional. Uno podría temer que las solicitudes de restitución presentadas por padres europeos afuera de la UE se vean mucho más fácilmente rechazadas, sobre todo en los EE.UU de continuar con esta actitud. Sería como regresar a la antigua guerra de las nacionalidades a la que se refería en los albores el Derecho Internacional Privado?.

4.2.3. En cualquier caso, los "intereses superiores" se deben identificar y priorizar.

El "interés superior" de la CIDN, coincide aparentemente con el interés superior del niño a no ser trasladado de su centro de vida por la fuerza, que es el objetivo de la Convención de la Haya de 1980. Pero el primero es más amplio y el segundo más específico?.

Tomar en cuenta el interés superior del niño, incluso en un caso de la Haya es también la posición adoptada por el Tribunal Supremo Francés (14 de junio 2005, 04 n°16.942) en el famoso caso de Washington, ordenándose la restitución del menor a los EE.UU.

La Cámara de los Lores inglesa también decidió en el caso Re D (Abduction: Derechos de custodia) (2006) UKHL 51; (2007) 1 AC 619 párrafo 51 que "no se veía cómo el regreso inmediato del niño a Rumania podía estar en el mejor interés de este último." Posición ahora formalizada:

*"En virtud de la Ley de Derechos Humanos de 1998, ahora es ilegal que los tribunales ingleses, actúen de manera incompatible con los derechos otorgados por el CEDH. Estos aplican la Convención de La Haya como cualquier otro".*

Finlandia tiene el mismo punto de vista.

Finalmente la Ley Federal Suiza "sobre el secuestro internacional de niños y los Convenios de La Haya sobre la protección de los niños y adultos", aprobada 21 de diciembre 2007 aclara determinados conceptos de la CH 80. En particular, en el artículo 5, especifica claramente los criterios de « intolerabilidad » del artículo 13b cuando sostiene que se niega el retorno cuando:

*"a) la colocación con el solicitante principal no está claramente en el interés del niño ...".*

Estamos lejos de "riesgo grave" o de la "situación intolerable" del artículo 13b. Estamos posiblemente asistiendo a un retorno al punto de partida: de cómo justificar la negativa de devolver el niño al país de residencia habitual.

#### 4.3. Los varios intereses superiores del niño, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Puesto que hemos demostrado que con la CH 1980 existe un ejemplo concreto del interés superior del niño más allá de "el interés habitual" (decidir con quién es mejor que el niño resida principalmente (mamá o papá) ¿uno puede preguntarse si existen otras situaciones de "intereses superiores" y cómo priorizarlos?

Así escribe la Sra. E. Pérez Viera en el informe explicativo sobre el CH80 (entonces al empezar de su aplicación) <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>

29 Por otra parte, los apartados 1b y 2 del mismo artículo 13 consagran excepciones que claramente se basan en la toma en consideración del interés del menor. Ahora bien, como ya se ha señalado anteriormente, el Convenio ha dado un contenido preciso a este concepto. **Así, el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, ceden en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable.**

Entonces hay más que un "interés superior del niño" sino varios.

Para que un interés sea "superior" hay dos imperativos:

- a) Superar los intereses "ordinarios" de los padres
- b) Nombrar el interés superior que se tiene la intención de favorecer y posiblemente justificarlo con referencia a una norma supranacional.

Lo que permite por fin jerarquizar.

4.3.1 En la Unión Europea, el criterio de la "intolerabilidad" del art. 13b ya no existe más y el "interés superior" de no ser desplazado se ha priorizado.

El Reglamento europeo 2201/2003 o reglamento "Bruselas II bis" confirma la CH80, ya que otorga un papel más importante para el juez. En efecto, creó un sistema de cooperación entre jueces que pueden transmitirse archivos directamente de uno al otro, sin pasar por las autoridades centrales. Este procedimiento se supone que es más eficiente y más rápido. Incluso en caso de negativa de devolver al niño sobre la base del art. 13 bis, el artículo 10 del Reglamento mantiene la competencia del juez del estado de la residencia habitual inicial del niño para juzgar sobre cuestiones de patria potestad. Las únicas excepciones son:

- Que los titulares de la custodia hayan aceptado el traslado
- La falta de acción por un año y que el niño se haya integrado en su nuevo entorno.

En la UE, el riesgo grave del artículo 13b ha entonces desaparecido.

#### 4.3.2. Normas superiores de la CIDN

4.3.2.1. Las normas de esta convención son de gran importancia para el derecho de familia pues ella fue adoptada por todos los países del mundo (menos tres, entre los cuales está los Estados Unidos, porque la CIDN prohíbe la posibilidad de pena de muerte contra menores, normas que fueron recién abrogadas por decisión de la Corte Suprema EEUU en 2005 y perpetuidad sin revisión contra menores recién en el 2012).

4.3.2.2. En el derecho francés, los derechos contenidos en la CIDN a favor de los niños son del mismo nivel jurídico como los de la CH80. Ambas son convenciones internacionales, que en el derecho francés, prevalecen sobre las normas nacionales internas (artículo 55 de la Constitución francesa de 1958).

El Tribunal Supremo francés dictaminó en 2005 que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CRC/CIDN o Convención de Nueva York) se aplica directamente y que las partes pueden invocarla directamente y por lo tanto los jueces civiles o administrativos deben aplicarlas. (Civ 1 y 18 de mayo 2005 202-20613 02-16336).

La lógica francesa se puede encontrar en otros países.

#### 4.3.2.3 Más allá de La CIDN y el (o los) interés(es) superior(es) del niño:

La sección 3.1 CIDN, que establece que el interés superior del niño es la consideración primordial en todas decisiones que afectan a ellos. No determina nada concreto desde el punto de vista jurídico. Más allá de ello, se pueden incluir como ejemplos concretos de intereses superiores:

- Artículo 3.2. El derecho a protección y atención para el bienestar del niño.
- Artículo 11. El derecho a no sufrir desplazamiento los niños.
- Artículo 12.2. El derecho del niño a ser escuchado por el juez (significa eso recibir el niño de una manera formal, o que se tome en consideración la queja cuando existe?)
- Artículo 16. El derecho a la protección de la intimidad y el honor.
- Artículo 19. Da protección contra la violencia, perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual, etc.

#### 4.3.2.4 Dónde están los intereses superiores del niño en la CIDN?

Consecuentemente, nos interesa examinar mas atentamente la CIDN (Texto completo : CIDN <https://www.unicef.fr/userfiles/50154.pdf>)

Un breve resumen puede ayudar a localizar temas de mayor interés:

Artículo 1. Definición de un niño : menor de 18 años

Artículo 2. El derecho a no ser discriminado

Artículo 3. En todas las medidas concernientes a los niños, el interés superior del niño debe ser de consideración primordial.

Artículo 6.1. El derecho intrínseco a la vida.

Artículo 7.1. El derecho del niño a un nombre, a una nacionalidad, el derecho a conocer a sus padres para ser cuidado por ellos. (y ver 8)

Artículo 8.1. El derecho a la Identidad.

Artículo 9.1. El derecho a no ser separado de sus padres contra su voluntad, a menos que el abuso o negligencia afecte al niño o cuando ambos viven separados y una decisión debe ser tomada en el lugar de residencia del niño respecto a su guarda.

9.2. Todas las partes interesadas deben tener la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

9.3. Derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, a menos que ello sea contrario al interés superior del niño.

Artículo 10. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

Artículo 11. Lucha contra el traslado ilícito y la retención de niños en el extranjero.

Artículo 12 .1. El niño capaz de formarla tiene el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten. Sus opiniones serán tomadas en cuenta merituando su edad y madurez

12.2 ... el niño puede ser escuchado en todo procedimiento que lo afecta.

Artículo 13.1. Libertad de expresión.

Artículo 14. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (... derecho de los padres a guiar al niño)

Artículo 15. Libertad de asociación y la libertad de reunión.

Artículo 16. Protección de la vida privada, la familia, la correspondencia a casa, la reputación, el honor.

Artículo 17. Acceso a diversa información nacional e internacional, Artículo 18 ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza del niño y su desarrollo

Artículo 19. Protección frente a toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual, mientras esté al cuidado de sus padres o uno de ellos, sus representantes legales o cualquier otra persona a la que se le confía.

Artículo 20. Derecho de todo niño privado de un entorno familiar a la protección especial del Estado.

Artículo 21. En la adopción debe ser meritulado el mejor interés del niño.

Artículo 22. Protección del niño que trate de obtener el estatuto de refugiado ....

Artículo 23. El niño mental o físicamente impedido debe gozar de una vida plena y decente en su dignidad, la autonomía y la participación activa en la vida de la comunidad.

Artículo 24. El derecho al más alto nivel posible de servicios de salud para el tratamiento y rehabilitación.

Artículo 25. Los niños colocados para el cuidado de su salud física o mental, tienen derecho a una revisión periódica de su situación.

Artículo 26. Derecho a la seguridad social.

Artículo 27. Derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. (Obligación de los padres u otros cuidadores, y la recuperación de la pensión alimenticia del niño en el territorio o en el extranjero...)

Artículo 28. Derecho a la educación, sobre la base de la igualdad de oportunidades (educación primaria gratuita y obligatoria); (Educación secundaria) (disciplina escolar compatible con la dignidad del niño). El artículo 29 tiene como objetivo de la educación artículo 30 al niño indígena o perteneciente a una minoría a la que no se puede negar el derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma en común con los demás miembros de su grupo.

Artículo 31. Derecho al descanso y el ocio.

Artículo 32. Protección del trabajo infantil.

Artículo 33. Protección contra el uso ilícito de estupefacientes o la producción ilícita o el tráfico

Artículo 34. Protección contra toda forma de explotación y abuso sexuales.

Artículo 35. Prevención del secuestro, venta o trata de niños en todas formas.

Artículo 36. Protección contra todas formas de explotación que sean perjudiciales para el bienestar del niño.

Artículo 37. Protección contra la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Ni la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación para menores de 18 años; procedimientos en caso de privación de libertad

Artículo 38. En caso de guerra niños menores de 15 años no deben tomar parte en las hostilidades.

Artículo 39. Facilitar la rehabilitación y la reintegración social de todo niño víctima de abandono, explotación abuso, tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes o de conflicto armado. Promover el respeto propio y la dignidad del niño.

Artículo 40. Obligaciones en caso de un proceso penal contra un niño.

Artículo 41. La Convención plantea una normativa mínima.

### 4.3.3 Las normas superiores de derechos humanos:

Los textos completos se pueden encontrar

DUDH <http://www.un.org/es/documents/udhr>

CEDH [http://www.echr.coe.int/documents/convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/convention_SPA.pdf)

Como se trata de todos los seres humanos, incluye también a los niños. Parece entonces útil también dar un resumen breve de los artículos.

#### Declaración universal de los derechos humanos.

Artículo 3. Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4. Nadie estará sometido a esclavitud.

Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6. Reconocimiento de la personalidad jurídica.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley protección contra toda discriminación.

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes.

Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido.

Artículo 10. Derecho a un tribunal independiente e imparcial.

Artículo 12. Protección contra injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como de ataques a su honra o a su reputación.

Artículo 14. Protección contra persecución.

Artículo 15. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión.

Artículo 26. Toda persona tiene derecho a la educación.

#### Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 2: Derecho a la vida.

Artículo 3: Prohibición de la tortura y los tratos inhumanos.

Artículo 4: Prohibición de la esclavitud.

Artículo 5: Derecho a la libertad ya la seguridad.

Artículo 6: Derecho a un juicio justo.

Artículo 8: Derecho al respeto de la vida privada y familiar.

Artículo 9: La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Artículo 11: Derecho a la libertad de reunión y asociación.

Artículo 12: Matrimonio.

Artículo 13: Derecho a un recurso efectivo.

Artículo 14: prohibición de la discriminación.

Artículo 17: Prohibición del abuso de derecho.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es el más alto tribunal de Europa, cuyas decisiones son vinculantes para los Estados miembros, ha declarado en

varias ocasiones en los últimos años que, para la interpretación y aplicación de la CH80 y en particular su artículo 13b los órganos jurisdiccionales nacionales deben tomar en consideración el interés superior del niño, de conformidad con los requisitos del artículo 8 de la CEDH, escudriñando las implicaciones prácticas de la situación del niño, para examinar las condiciones de ese retorno y las excepciones definidas por la CH80.

4.4 En resumen, el juez de la CH80 no es un cajero automático. Pero no se puede tampoco limitar a preferir que el niño está en la casa de la madre sobre la del papá o a la inversa.

En Maumousseau y Washington c / Francia TEDH req 39388/05 del 12/06/2007 a §§ 67 y ss. El Tribunal validó el regreso del niño bajo el CH80. Se recuerda que el concepto del interés superior del niño es de suma importancia en el contexto del procedimiento previsto en la Convención de La Haya. Hizo hincapié en que "el objetivo del interés superior del niño puede ser el de garantizarle crecer en un ambiente sano y que a un padre no le está permitido tomar medidas perjudiciales para su salud y desarrollo" (§ 67)

"La Corte considera que no hay ninguna aplicación automática o mecánica para el regreso del niño cuando el CH se invoca y lo demuestra por el reconocimiento en el CH mismo de varias excepciones a la obligación de devolver ... que muestran que se trata de que el tribunal adopte un enfoque en concreto al caso "(§72)...

Es decir, en otras palabras, como la Sra. Pérez Viera señala que (supra punto 4.3) **el interés del niño puede ceder ante intereses « primarios » (es decir « más superiores»)**, **de cualquier persona por ejemplo a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable.**

Desde que se tomara la decisión Neulinger Schuruk c / Suiza, (el 06 de julio 2010 req CEDH 41615/07) la Corte EDH condena las decisiones que no toman en cuenta el interés superior del niño, limitándose a ordenar la restitución independientemente de las circunstancias concretas del caso, sin un examen a fondo. Se repite en X ... c/ Letonia (Gran Sala 26 de noviembre 2013 §§ 93-108 req 27853/09) la que exige que los elementos susceptibles de ser una excepción a la restitución inmediata del niño de conformidad con CH80 se deben tomar realmente en cuenta por el tribunal. Incluso en el marco europeo interno del Reglamento 2201/2003, el juez del regreso no puede contentarse con un examen sumario y debe "tener en cuenta los riesgos identificados" y "amenazas potenciales para el niño" y "las graves dificultades que el niño podría muy probablemente encontrar" (en el país de retorno). Šneersons CEDH y Kampanella c / Italia juicio de 12.7.2011 req 14737/09.

Por el Tribunal de Casación francés el grave peligro debe ser "caracterizado" y no limitarse a generalidades en referencia a nociones vagas o insuficientes, analizado en relación con art 3-1 CIDN . (Civ 1 13 de febrero 2013 11-28424).

Como el Tribunal de Apelacion de Limoges juzgó recientemente (17 de junio de 2013, Légifrance):

*"... Resulta de las decisiones de la Corte EDH que en la interpretación y aplicación de la Convención de La Haya, los tribunales nacionales deben, teniendo en cuenta el interés superior del niño, y de conformidad con los requisitos del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, emprender un examen exhaustivo de las implicaciones prácticas del regreso sobre situación del niño para evaluar las condiciones del ese retorno y las excepciones establecidas por la Convención de La Haya "*

Uno de los " intereses superiores" del niño es ser escuchado. (Art. CIDE 3). Un niño que se queja de un delito en su perjuicio, violación u otro, no debería tropezar con una pared de malentendidos administrativos, donde el "juez de retorno" se lava las manos de las consecuencias de su decisión negándose a preocuparse por la veracidad de los hechos alegados sobre la base de la presunción de inocencia del autor "que no ha sido condenado."

El regreso del hijo no es el criterio esencial y absoluto del "interés superior del niño" a cualquier costo, pero debe ser fundado en la excepción.

Un temor subjetivo ("Me temo que ...") no es suficiente, la Corte Suprema francesa reiteró que el riesgo grave del artículo 13 b debe ser "caracterizado", pero para ser caracterizado tiene que se probado.

Cámara Civil 1 13 de febrero 2013 No. apelación: 11-28424... Visto el artículo 13 b de la Convención de La Haya...; Considerando que, para decir que no hay razón para ordenar la restitución del menor a los Estados Unidos, la sentencia señala que si los supuestos incumplimientos de educación atribuidos a la señora X ... contra el Sr Y... no son caracterizados, en primer lugar, sería perjudicial para el niño, dada su corta edad, cuestionar su nuevo equilibrio; en segundo lugar, su regreso podría generar, dificultades de organización de las relaciones con su madre, estando esta última embarazada y no pudiéndose mudar en el corto plazo, los cuales reiterarían para el niño el trauma de separación y un sentimiento de abandono;

Decidiendo así por motivos impropios para caracterizar, a la luz del interés superior del niño, el grave peligro para el niño en caso de restitución inmediata...., el Tribunal de Apelación no dio un adecuado fundamento jurídico de su decisión;

Como el riesgo grave es un hecho jurídico, la evidencia del riesgo del artículo 13b puede ser abonada por cualquier clase de prueba y por lo tanto sin requisitos formales, pero teniendo en cuenta que debe ser "intolerable".

Por ejemplo, además de CH80, el artículo 3 del Convenio Europeo podrá aplicarse:

*"Nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos inhumanos, o degradantes."*

Pero se plantea la pregunta: ¿cuál es el nivel de prueba requerido para un riesgo de que, por definición, no se materializa?

El TEDH se indica en este caso las reglas de evidencia, haciéndose pasar por un principio en *SALMAN v. TURQUÍA* (21986/93 | Sentencia (Civil) | (Gran Sala) | 27/06/2000 [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i= 001 a 63.271](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001%20a%2063.271)

100. En la evaluación de las pruebas, el Tribunal ha aprobado en general hasta ahora que la norma de la prueba es "más allá de toda duda razonable" (*Irlanda v. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, Serie A No. 25, pp. 64 -65, § 161). Pero, tal prueba podrá resultar de un conjunto de pruebas o presunciones suficientemente fuertes, claras y concordantes y no refutadas. Cuando los acontecimientos en el asunto consisten totalmente o en gran parte, de hechos bajo el conocimiento exclusivo de las autoridades, como en el caso de las personas bajo su control en custodia, lesiones personales o muerte que ocurra durante este período de detención da lugar a fuertes presunciones de hecho. En efecto, debe tener en cuenta que la carga de la prueba recae sobre las autoridades en esos casos, quienes deben proveer una explicación satisfactoria y convincente.

Podría decirse, que el riesgo debe ser un "riesgo real". Pero el riesgo que tuvo lugar ya no es un riesgo más, es una certeza (argumento: ley de seguros; en Francia art. L121-15 C Assur) . Entonces, como el texto de la Convención de La Haya habla de "riesgo", el término tiene un alcance y una dirección diferente de certeza absoluta y comprobada. El artículo 13b se aplica incluso si hay un álea.

Así, la evidencia de una violación ciertamente no necesita ser probada por una sentencia definitiva. El riesgo de un delito grave es necesariamente un riesgo grave.

En el estado de duda, se debe jerarquizar las normas, y la duda debe beneficiar a los niños cuyo interés es superior por ejemplo al interés de la presunción de inocencia.

Se necesitará en cualquier caso mostrar la seriedad de los hechos, su alto grado de probabilidad, posiblemente explicar lo que pasará en el país en el que se solicita la devolución.

Como en el caso de Escocia. Q., peticionario, 2001 SLT 243 Cita INCADAT HC / E / UKs 341 rechazando el regreso a Francia de un niño secuestrado por su madre. Por lo tanto los jueces deben juzgar en concreto. La página web INCADAT resume el caso.

## DISPOSITIVO

La sustracción fue ilícita, pero el retorno se negó, las condiciones de la excepción del artículo 13, párrafo 1b se cumplieron.

## RAZONES PARA LA DECISIÓN

### Riesgo grave - s. 13 (1) (b)

El tribunal sostuvo que era posible que las acusaciones de abuso fueran ciertas. Del mismo modo, no era imposible que, en caso de regresar, el niño fuera a estar en contacto no supervisado con el posible autor de abusos. Aun se observó que las autoridades de otros Estados Partes de la Convención pueden proporcionar una protección adecuada para el niño. Como resultado, el retorno de un niño puede ser ordenado incluso en presencia de acusaciones de abuso sexual.

En este caso sin embargo, el juez Paton dictaminó que considerando los diferentes procedimientos abiertos en Francia, parecía que los tribunales competentes no fueron capaces de proteger al niño, o que no quieren hacerlo. Se infiere que el retorno del menor lo exponga a un riesgo grave de daño físico o psicológico o lo estaría imponiendo una situación intolerable. Añadió que era apropiado que los niños no sean separados y decidieron negarse a ordenar su regreso.

Por supuesto, Francia respeta los derechos del niño, pero como en todas partes, puede haber un mal funcionamiento en el caso concreto.

La Corte EDH recuerda al juez que en el contexto del artículo 13b, no es un distribuidor automático de decisiones de retorno.

En Francia, desde 1944, y el caso Langneur off (CE, 10/11/1944, Rec P. 288., CONCL. Chenot, en D., 1945, p.88.) para tomar medidas contra los funcionarios de la estado de Vichy que habían colaborado con los nazis y que se defendieron invocando la obediencia debida, el Consejo de Estado (Corte Suprema Administrativa Francesa) recuerda a los funcionarios franceses que tienen una voluntad libre y no pueden esconderse detrás de una obediencia ciega. "El funcionario debe desobedecer una orden manifiestamente ilegal y que contraviene gravemente a un interés público".

En conclusión, tenemos mas que un "interés superior del niño" vacío. Tenemos muchos intereses, bastante concretos, con base legal en convenios internacionales, que pueden ser calificados de "superiores".

Los intereses de los niños, que son un interés público "superior", implica que el juez ponga en perspectiva el interés de no ser separados de sus padres por la fuerza, con otras normas de importancia reconocidas en todo el mundo.

Como lo dijo la Sra. E Pérez Viera en el informe explicativo sobre el CH80 pueden existir intereses primarios, superiores, por ejemplo el derecho a la vida, que

prevalecen sobre el interés superior organizado por la CH80. Pero posiblemente con el derecho al descanso y al ocio (CIDN art 31) no ocurre lo mismo.

Cuando dos normas “superiores” están en conflicto, el juez debe jerarquizar o compatibilizar, dando razón de su decisión. Lo que queda claro es que estar con Mamá o Papá no es un interés superior en si mismo. También los jueces de primera instancia deben encuadrar los hechos en la norma de derecho adecuada. Y los tribunales superiores deben verificar que así se ha hecho, conforme a derecho.

Y los abogados de familia tendrán, por necesidad, que utilizar esos nuevos instrumentos, examinar y defender, posiblemente mucho más que antes, todos los derechos de los niños.

De ese modo todos los operadores de derecho, al cumplir con su deber legal, propician un mundo mejor.