

**El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980.
Orientaciones para su interpretación.
Dr. Ricardo C. Pérez Manrique**

La Convención de Derechos del Niño de 1989, en su artículo 3 establece como obligación para los Estados Partes que en todas las decisiones que se adopten respecto de las personas consideradas niños en su artículo 1º: "... *una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*" (en adelante ISN).

Este principio se encuentra con distintos enunciados en las legislaciones tanto del Derecho Civil como del Common Law, teniendo diversas interpretaciones y siendo uno de los temas de más ardua resolución y que más debates ha generado.

Ante un concepto tan polémico corresponde preguntarse cuál es la razón de ser de la inclusión del ISN en la Convención de 1989 y en la mayoría de las normas tanto nacionales como internacionales que refieren a los derechos de la infancia.

Entiendo que existen, entre otras, razones de orden antropológico, ante la necesidad de protección especial de los individuos de la especie humana, que son en la escala zoológica los que mayor tiempo necesitan para llegar a la edad adulta.

En el plano de lo jurídico, la CDN determinó el surgimiento de un sistema jurídico de protección en perspectiva de derechos humanos. Ante la dificultad de prever el caso concreto, ese Derecho debió incluir un criterio de aplicación a todos los casos en que un niño necesita protección, determinando la preferencia de su interés. La propia complejidad de los casos en que un niño necesita protección hace imposible que sean definidas respuestas preestablecidas para todos ellos. Allí radica el fundamento de la incorporación del ISN.

Considero que entre la Convención de los Derechos del Niño y el Convenio de La Haya de 1980, pese que se suscribieron con casi 10 años de diferencia, hay una relación de indudable complementariedad, en la cual la CDN cumple el rol entre otros de ser un catálogo de derechos de los niños, entre ellos están la condena a todo traslado o retención ilícitos, la obligación de los Estados Partes de luchar, contra los mismos, prohibición de que el niño sea separado de sus padres y el derecho, aún estando separados los padres, a un trato fluido y regular con el padre no conviviente aunque éste viva en un Estado diferente al que vive el niño.

El Convenio de 1980 tiene como finalidad según su artículo 1º: a) garantizar la restitución inmediata b) velar porque los derechos de custodia y de visitas vigentes en uno de los estados contratantes se respeten en los demás estados contratantes.

Consagra la garantía del debido proceso legal (arts. 8 y sgtes) y el derecho del niño a ser oído, y a oponerse a la restitución (Art. 13 inc. 3). Regula el derecho de visita (Art. 21).

Esta relación de complementariedad, determina que el Convenio de La Haya de 1980, contrariamente a lo que sostiene el Tribunal Europeo (entre otros en Neulinger), es algo más que un instrumento procesal, revistiendo el carácter de un instrumento también de Derechos Humanos. Ello es así en cuanto garantiza y permite hacer efectivos los derechos previstos en los arts. 9.3 y 11 de la CDN.

Como instrumentos de Derechos Humanos, la aplicación e interpretación de los mismos, determina a necesidad de respuesta armónica consistente en respetar la

especificidad según los objetivos de cada uno. Aplicándolos en su conjunto, sin excluir uno u otro, como integrantes de un mismo orden jurídico. Admitida la relación entre ambos instrumentos corresponde preguntarse cómo actúa el ISN en un caso del Convenio de 1980.

En su Informe Explicativo del Convenio del 80 la Prof. Elisa PÉREZ VERA, afirma que al redactar el mismo no se quiso introducir el concepto de "interés superior del niño", porque la experiencia indicaba que el principio muchas veces llevaba a que los Jueces del Estado al que había sido llevado ilícitamente el niño indebidamente resolvían sobre la cuestión de la guarda, la que era generalmente asignada al sustractor.

Pero afirma la citada Profesora en los párrafos 23 y 24 de su Informe Explicativo:

23- "Por los motivos invocados, entre otros, la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los NNA trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia": justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, "deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos".

24- "Esos dos párrafos del preámbulo reflejan de forma bastante clara cuál ha sido la filosofía del Convenio al respecto, una filosofía que se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona..."

La Profesora citada indica los riesgos de la indeterminación del concepto y con absoluta lucidez señala como manifestación objetiva del interés del niño el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente

Qué es el interés superior del niño, consiste en que se respete y garantice de manera prioritaria el pleno ejercicio de sus derechos, que en el Convenio de 1980 es el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a visitar al padre no conviviente. Y a un debido acceso a la justicia, comenzando por el juez competente para determinar cual es su interés superior en casos de conflictos interparentales.

Ello determina como derecho del niño prevalente respecto de los adultos en disputa (sustractor y reclamante de restitución), la inmediata restitución para que sea el Juez de la Residencia Habitual el que decida la cuestión de fondo sobre custodia o visitas.

Este ISN tiene su expresión a la vez como principio de interpretación del derecho en el caso concreto de restitución o como principio de integración en caso de vacío del ordenamiento jurídico.

EN SEDE DE INTERPRETACIÓN del derecho, el operador jurídico deberá actuar analizando los derechos involucrados en el caso de sustracción o de visitas, debiendo adoptarse aquella solución que mejor contemple el interés superior del

niño a no ser sustraído o retenido ilícitamente, a la restitución rápida y segura en su caso y al ejercicio efectivo del derecho a visitar a su padre no tenedor residente en otro Estado.

COMO CRITERIO DE INTEGRACIÓN, deberá actuar ante vacío normativo, por ejemplo cuando existan aspectos procesales no definidos en el ordenamiento interno, se deberá optar con integrar el derecho de la forma que más favorezca el interés superior del mismo.

En los países que no han regulado el procedimiento interno, una correcta aplicación del principio de interés superior en área de integración normativa será optar por la estructura procesal, que permita la resolución más abreviada del caso de restitución.

Así en América Latina deberá aplicar las normas de procedimiento contenidas en el Convenio Interamericano sobre Sustracción de 1989, que no tienen correlato en el Convenio de La Haya, aún en casos en que el pedido proviene de países de fuera de la región.

DEFINICIÓN ISN Convenio 1980:

El derecho prioritario del niño en relación al de los progenitores: a no ser trasladado o retenido ilícitamente a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias que se encuentran en Estado diferentes al de ubicación del niño – art. 9.3 CDN -; a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.

Admitida la relación de complementariedad entre ambos convenios – CDN y 1980 -, surge del Informe Explicativo que en el marco de la sustracción internacional el ISN es el derecho del niño a una restitución rápida y segura.

Opera en consecuencia como un mandato de prioridad al intérprete, así cumpliendo la solicitud de restitución los requisitos del artículo 7º de principio debe ser aceptada, correspondiendo al presunto sustractor la deducción de EXCEPCIONES, ya sea las del art. 13 del convenio o la del artículo 12 por el arraigo de más de un año.

La Ley Modelo Interamericana) (http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf) recoge en su artículo 3º esta posición:

“Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional”.

Un ejemplo de interpretación jurisprudencial

En Sentencia 131/2001 el Tribunal que integro considera: “En cuanto al principio del interés superior del niño – art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño - es un criterio de interpretación, que obliga al intérprete a poner en consideración en primer término de qué manera afecta al menor la aplicación que se pretende hacer de la norma y en función de su interés superior o prioritario adoptar aquella alternativa que menos afecte sus derechos cuando no existe motivo fundado alguno para adoptar otra interpretación más aflictiva de tales derechos.

Criterios de aplicación

Es un principio indeterminado, general, que se construye en el caso concreto a partir de su encuadre lógico y de manera sistemática.

Elementos o pasos necesarios a efectos de definir el ISN en un caso de sustracción internacional

- 1) CUADRO FÁCTICO: teniendo en cuenta los elementos objetivos que resultan de las pruebas relevadas en la solicitud de restitución.
- 2) ELEMENTO VOLITIVO; en aplicación del art. 12 de la CDN deberá en su caso recabarse la opinión del niño de acuerdo a su edad etc. y la misma se tomará en cuenta en la decisión lo que no significa decidir como el niño pretende. Esa opinión debe ser sobre los aspectos que precisamente refieren a la restitución y no sobre la custodia.
- 3) PROYECCIÓN: a la luz de los objetivos que resultan de los convenios de restitución, cómo o de qué manera la decisión afectará al niño en cuanto disponga o no la restitución.
- 4) LA DECISIÓN: El juez considerando todos estos elementos, desarrollará el principio construyendo la solución del caso concreto a partir de todo el orden jurídico, eligiendo la solución que mejor contemple los derechos del niño involucrados y establecidos en el art. 6 del Convenio de 1980.

En síntesis:

- 1) Se estudiará la prueba para verificar si resultan acreditados los elementos necesarios para determinar la ilicitud del traslado o la retención y la titularidad del derecho a promover la acción: custodia, ejercicio efectivo, cambio de país.
- 2) Acreditados, el ISN consiste en hacer efectivo su derecho a la restitución rápida y segura.
- 3) La cuestión de las excepciones: a partir ISN, las excepciones deben considerarse como objeciones con entidad necesaria para que ese derecho no se haga efectivo. Se hará el balance necesario entre todos los derechos involucrados.
- 4) Derecho del niño a ser oído, especial relevancia adquiere la Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño N. U. La opinión a ser recabada será sobre las circunstancias del traslado o retención y no con la custodia (es decir con qué padre quiere vivir en forma definitiva).
- 5) Proyección de futuro: por ejemplo si se alega violencia doméstica, el juez requerido debe arbitrar los medios necesarios (comunicaciones judiciales directas) órdenes espejo etc. para asegurar la protección adecuada en el estado requirente.
- 6) La excepción de arraigo: Situación de hecho derivada de la extensión de los procesos, el tiempo puede determinar la existencia de arraigo, en cuyo caso el ISN se desplazó desde el convenio hacia la situación en el país de residencia. En consecuencia:
 - A) si la solicitud se presentó dentro del año no debería ser considerada.
 - B) Si la solicitud se presentó después del año, el ISN determina la restitución, salvo que se pruebe efectivamente el arraigo.

7) LA DECISIÓN: solución que preserve el derecho a la restitución, privilegiando ese derecho sobre los intereses de los adultos involucrados o que entienda que ese derecho debe ceder, con carácter excepcional ante la prueba de algunas de las excepciones de los convenios 1) El ISN es una construcción caso a caso 2) Debe partir de los objetivos de los convenios de restitución: derecho a restitución rápida y segura, derecho de visitas 3) Esa construcción paso a paso, debe ser el contenido de argumentación de la decisión 4) Esa argumentación es la garantía necesaria para la aplicación efectiva de los convenios y para garantizar los derechos de los niños y así cumplir debidamente los compromisos internacionalmente admitidos por los Estados (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados art. 23 "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe").

En síntesis: en un encuadre de protección de derechos el ISN determina que no hacer lugar a la restitución es una decisión excepcional, que opera solamente cuando se han acreditado las excepciones establecidas en el Convenio.

Conclusiones

En junio de 2011 la Comisión Especial sobre el funcionamiento de los Convenios de 1980 y 1996 adoptó la siguiente conclusión respecto de dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

"48. 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)".

En ambas sentencias el Tribunal Europeo, considerando que el Convenio del 80 tiene naturaleza procesal, interpreta que en control de la aplicación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, debe analizar si en un caso de restitución internacional se ha afectado o no el ISN. En consecuencia analiza las condiciones materiales en que se realizará la restitución.

El Tribunal es el organismo de aplicación de dicha Convención y analiza una decisión tomada a la luz del Convenio del 80 a la luz de un convenio de DDHH.

Ello la lleva a aplicar el interés superior del niño con un prisma diferente al del Convenio del 80, como si fueran dos aspectos o enfoques absolutamente independientes, en los cuales una norma procesal afecta el ISN en violación del art. 8 de la CEDH.

El tema debe resolverse de acuerdo al principio de especialidad y de especificidad de cada uno de los convenios: el Convenio de 1980 es la forma de hacer efectivo y garantizar mediante la cooperación judicial internacional, el derecho del niño a no ser sustraído o retenido ilícitamente (art. 11 CDN) frente a un traslado o retención ilícito transfronterizo.

Debe predominar el ISN en cuanto a la preservación prioritaria de ese derecho, las excepciones contemplan cuándo ese mismo interés hace aconsejable, se repite de manera excepcional, no acceder al traslado.

Finamente será el Juez Natural, el del Estado de la residencia habitual, que evaluará el interés superior del niño en cuanto al derecho de custodia.

El ISN como estándar que hace a la decisión de fondo sobre el derecho de custodia y de visitas, es justamente la competencia del Estado de la Residencia Habitual. Introducir el análisis de eventual violación de art. 8 es anular la posibilidad de una decisión oportuna en los términos del Convenio del 80 que deja sin efecto su rol de protección de los derechos de custodia y de visita.

El enfoque de todo Tribunal de Derechos Humanos debe considerar toda la normativa aplicable, para pronunciarse sobre la selección de la norma ajustada al caso concreto, haciendo efectivo el ISN a partir de los derechos protegidos y garantizados. En el caso de Sustracción por el Convenio de 1980.

La propuesta permitirá solucionar problemas de aplicación del derecho y también de integración, preservando el ISN como mandato específico de prioridad de derechos en los casos de restitución.

Ello incide sobre la naturaleza y las condiciones de admisibilidad de la prueba a diligenciar en el proceso de restitución, sobre las defensas admisibles – solamente las del convenio -, sin perder de vista que además de los derechos de los progenitores o de otros titulares del derecho de custodia, existe el derecho prioritario del niño que debe ser contemplado y garantizado por todos los operadores jurídicos.

Será de rechazo toda prueba destinada a probar con cuál de los progenitores, el niño vivirá mejor, porque esta prueba es propia del juicio de custodia.

En cuanto a las defensas o excepciones, el ISN determina una interpretación estricta, en cuanto a que quien debe acreditar y probar la existencia de la excepción invocada, es el sustractor.

Pero aún acreditados riesgos por ejemplo en casos de violencia doméstica, debe verificarse que en el país de residencia habitual esos riesgos no pueden ser controlados o evitados. Si sí fuera igual procede la restitución.

Esta es una tarea ineludible del juez en todos los casos en que se identifique un potencial riesgo para el niño. Este ejercicio de exploración y coordinación con el sistema de protección del país de residencia habitual del niño hace a la protección del ISN, y a nuestro entender debe reflejarse en la decisión antes de determinar el rechazo por operación de las excepciones previstas en el artículo 13 b del Convenio de La Haya.

Si bien como afirma la Profesora Pérez Vera el interés superior del niño no está expresamente incorporado en el Convenio del 80, el mismo resulta de los objetivos del Convenio y de su Preámbulo.

No fue incorporado de manera expresa, a efectos de evitar que se recurra a él como forma de evitar las restituciones.

Treinta años de vigencia del Convenio del 80 demuestran que ese riesgo sigue existiendo, como lo demuestran las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mencionadas antes y las múltiples sentencias que se dictan en muchos de los países en que rige el mismo.

Una correcta y armónica interpretación del ISN, sin duda evitará que su invocación se convierta en el atajo para evitar las restituciones que señalaba la Prof. Pérez Vera.