



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"EL INTERES SUPERIOR Y LA CUSTODIA EN LA
CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
Y EL DERECHO MEXICANO"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
GONZALEZ OLVERA VERONICA

ASESORA: LIC. MIRAN ROUCO GARCIA



**TESIS CC.
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Paginación Discontinua



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

INGENIERO LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR
P R E S E N T E

LA C. VERONICA GONZÁLEZ OLVERA, inscrita en el Seminario de Derecho Internacional bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada: "EL INTERES SUPERIOR Y LA CUSTODIA EN LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL DERECHO MEXICANO", dirigida por la Lic. Myrna Rouco García, trabajo que después de su revisión por quien suscribe, fue aprobada por cumplir con los requisitos reglamentarios, en la inteligencia de que el contenido y las ideas expuestas, en la investigación, así como su defensa en el examen oral, son de la absoluta responsabilidad de su autora, esto con fundamento en el artículo 21 del Reglamento General de Exámenes y la fracción 11 del artículo 2º de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 18, 19, 20 y 28, del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales, solicito de usted, ordene la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional de Lic. en Derecho de la Srta. González Olvera.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, a 9 de mayo del 2002



DRA. MARIA ELENA MANSILLA Y MEJIA
DIRECTORA DEL SEMINARIO

Nota: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caduca la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaria General de la Facultad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien depende la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana".

Cumbre Mundial en favor de la Infancia.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, por estar siempre y en todo momento conmigo, por darme vida, fortaleza y salud y por la bendición de darme una gran familia.

A MIS PADRES Y HERMANOS, por su cariño y tolerancia, por su ejemplo, ayuda y apoyo incondicional, ya que sin ello, hubiera sido imposible alcanzar todas y cada una de las metas logradas a lo largo de mi vida y principalmente, por el apoyo y cariño de mi madre.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO Y A LA FACULTAD DE DERECHO, por ser GRANDES instituciones en todos los sentidos y permitirme formar parte de su ya larga y gloriosa historia académica.

A MIS PROFESORES Y MAESTROS (AS), por los valiosos conocimientos enseñados a lo largo de mi carrera y de mi vida académica, a quienes rindo un especial agradecimiento ya que sin la guía de tan estudiosas personas hubiera sido imposible la conclusión de este trabajo.

A TODOS MIS AMIGOS, por su inapreciable ánimo, impulso y alegría que siempre han fomentado en mí.

A TODAS AQUELLAS PERSONAS, que siempre estuvieron y están conmigo, ¡**A TODOS GRACIAS!**

VERÓNICA

INDICE GENERAL

	Página
INTRODUCCION	I
CAPITULO 1 LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	
Introducción	1
1.1. ¿Qué es una Convención?	1
1.2. Ámbitos de validez de una Convención	6
1.2.1. Ámbito Territorial	11
1.2.2. Ámbito Personal.	13
1.2.3. Ámbito Material.	17
1.2.4. Ámbito Temporal.	20
1.3. Reglas de interpretación de la Convención.....	25
1.4. Antecedentes de la Convención sobre los Derechos del Niño.	28
1.5. Objeto y Contenido de la Convención.	32
1.6. Obligaciones que se desprenden de la Convención para las Partes.....	42
1.7. Reservas en materia de custodia dentro de la Convención	46
CAPITULO 2 ANALISIS DE LOS CONCEPTOS BASICOS EN EL DERECHO DE OTROS PAISES Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL.	
Introducción.	49
2.1. Conceptos de menor y de niño.	49
2.1.1. En el derecho de otros países.	54
2.1.2. En el Derecho Internacional.	61
2.2. La Custodia.	67
2.2.1. En derecho de otros países.	72
2.2.2. En el Derecho Internacional.	80
2.3. El interés superior del menor y el respeto a la opinión del menor.....	84
2.3.1. En el derecho de otros países.	93
2.3.2. En el Derecho Internacional.	109
2.4. Consideraciones finales.	116
2.4.1. Del concepto de menor y niño.	117
2.4.2. Del concepto de custodia.	122
2.4.3. Del concepto del interés superior del menor y del respeto a la opinión del menor.	127
CAPITULO 3 ANALISIS DE LA CONVENCION Y DE LOS CONCEPTOS BÁSICOS A LA LUZ DEL DERECHO MEXICANO.	
Introducción.	138

ÍNDICE

3.1. Análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño a la luz del Derecho Mexicano.	139
3.2. Análisis de los conceptos básicos.	145
3.2.1. Los conceptos de menor y niño en nuestro país	147
3.2.2. El interés superior del menor y el respeto a la opinión del menor	153
3.2.3. La Custodia.	164
3.3. Necesidad de reformar la legislación mexicana en materia de custodia.	176
CONCLUSIONES	182
ANEXOS	186
Anexo 1 Texto completo de la Convención sobre los Derechos del Niño.	186
Anexo 2 Estados Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño.	203
Anexo 3 Cuadro de fechas de entrada en vigor de la Convención para las Partes.	205
Anexo 4 Reservas y Declaraciones al art. 9° parr. 1 de la Convención.	216
Anexo 5 Declaraciones respecto del retiro de las reservas al parr. 1 del art. 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño.	218
BIBLIOGRAFÍA	219

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, como en la comunidad internacional, la existencia de los derechos de los menores ha tenido que sufrir grandes periodos de espera, sin embargo en la actualidad se podría decir que la preocupación por la protección de estos derechos ha venido en aumento, no de manera significativa pero sí, para poder aseverar que los instrumentos hasta ahora existentes pueden servir de base para una futura protección mucho más eficaz que la actual.

La problemática que en este trabajo se presenta sobreviene por el hecho de que a pesar del gran cúmulo de instrumentos internacionales que a lo largo de la historia han sido adoptados tanto por nuestro país, como por la comunidad internacional sobre la protección de los derechos de los menores, aún existe un vacío en la normatividad jurídica, vacíos y lagunas que evitan el reconocimiento y garantía de tales prerrogativas, entre las que se encuentran particularmente, el derecho de *custodia de los menores*.

La comunidad internacional a lo largo de la historia ha aumentado la visión de otorgar a los derechos de los menores un carácter mucho más elevado, visión que con la creación de la Convención de los Derechos del Niño ha obtenido respuestas muy favorables, en virtud de que la comunidad internacional empieza a entender que estos derechos básicos deben enriquecerse en función de las características y necesidades de los menores con base en su inocencia, vulnerabilidad y su dependencia, orientándose asimismo por los principios establecidos por la propia Convención como lo son el del *interés superior del menor* y el del *respeto a su opinión*.

Pero a pesar de lo anterior y aunque la Convención representa en la actualidad el instrumento más avanzado en la materia, ésta contiene

también limitaciones con relación al alcance de determinados derechos, por ejemplo, el derecho de *custodia de menores*, el que para su reconocimiento en determinado Estado Parte, subsiste la necesidad de crear procesos jurídicos alternos que hagan posible el cumplimiento y la aplicación de las disposiciones previstas por la Convención, como es el caso de que se permita escuchar y valorar las *opiniones de los menores* en el otorgamiento de la *custodia*, así como la aplicación primordial por parte de las autoridades competentes, del principio del *interés superior del menor* en la toma de decisiones, con la finalidad de resolver al respecto.

Pero lo anterior, es una cuestión que como lo observaremos en el desarrollo de este análisis, es casi inexistente en la normatividad de algunas naciones, pues la inclusión de los principios señalados es casi nula, o no se encuentran establecidos de forma adecuada como para hacerse posibles y obligatorios y en consecuencia, verdaderamente efectivos en los procesos de *custodia de menores*, lo que conlleva además la falta de protección y garantía de los derechos de los menores.

En este estudio, abordaremos estos aspectos de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los principios del interés superior del menor y del respeto a la opinión del menor, desde un criterio internacional, nacional y finalmente, nacional mexicano, por lo que pensamos que el título correcto del presente trabajo de tesis debiera ser "El interés superior y la custodia en la Convención sobre los Derechos del Niño a la luz del Derecho Mexicano" y que por cuestiones finales y necesarias de enfoque, consideramos necesario hacer el señalamiento.

Por lo anterior, nuestro país como toda la comunidad internacional, deben tener presente que la Convención sobre los Derechos del Niño debe constituir sin duda, el punto de partida para la adopción de

nuevos instrumentos jurídicos y de revisión de los ordenamientos domésticos, que aboguen por el cumplimiento y respeto de los derechos de los menores, ya que *"Su infancia debe ser una época de alegría y paz, juegos, aprendizaje y crecimiento. Su futuro debería forjarse con espíritu de armonía y cooperación. A medida que maduren tendrían que ir ampliando sus perspectivas y adquiriendo nuevas experiencias, aunque se es conciente de que sin embargo, en la realidad, la infancia de muchos niños es muy diferente a la descrita".*¹

¹ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M.- *Código sobre Protección Internacional de la Infancia*- Edit. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998. p. 18.

CAPITULO 1 LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

CONTENIDO

Introducción. 1.1. ¿Qué es una Convención?. 1.2. Ámbitos de validez de una Convención. 1.2.1. Ámbito Territorial. 1.2.2. Ámbito Personal. 1.2.3. Ámbito Material. 1.2.4. Ámbito Temporal. 1.3. Reglas de interpretación de la Convención. 1.4. Antecedentes de la Convención sobre los Derechos del Niño. 1.5. Objeto y Contenido de la Convención. 1.6. Obligaciones que se desprenden de la Convención para las Partes. 1.7. Reservas en materia de custodia dentro de la Convención.

Introducción.

Nuestro estudio acerca del análisis de la figura de la *custodia* en materia internacional, se encuentra enmarcado específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud de encontrarse en ésta dos principios que a partir de su adopción, han influido para que la aplicación de esta figura así como la toma de decisiones, con base en la misma, por parte de las autoridades competentes, se acerquen más a lo que los menores requieren para su máximo desarrollo; tales principios son los de *interés superior del menor* y *el respeto de su opinión*.

Para ello, es necesario partir de un análisis del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, y entonces contar con un marco de referencia en el cual basamos, en virtud de que dicha Convención tiene gran relevancia y trascendencia incomparable dentro del contexto de los derechos humanos de las personas menores de edad, por lo que conviene que hagamos el estudio de ésta, antes de adentrarnos en la problemática de si es o no aplicada adecuadamente dentro del ámbito del derecho doméstico y del Derecho Mexicano.

El análisis se hará desde el concepto mismo de "Convención", sus ámbitos de validez, sus reglas de interpretación, y el estudio de la Convención sobre los Derechos del Niño, sus antecedentes, contenido y objeto, las obligaciones de las Partes hasta una reseña de las reservas hechas valer por las Partes respecto del primer párrafo del artículo 9° de este instrumento.

1.1. ¿Qué es una Convención?.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para lograr la comprensión y entendimiento con relación a lo que tanto en la doctrina como en la práctica se considera como convención, podríamos referirnos a un gran número de autores y tratadistas que pueden

revelarnos el concepto que nos atañe, sin embargo únicamente haremos mención de lo que señala el Maestro Cesáreo Gutiérrez Espada al respecto, por lo que de acuerdo con él, es el tratado la fuente de Derecho Internacional más importante en la actualidad, debido a que en los últimos años ha sido la que mayor auge ha tenido en las relaciones que se celebran entre los países.

Este autor define al tratado como la *"Manifestación concordante de voluntades, imputable a dos o más sujetos de Derecho internacional, destinada a producir efectos jurídicos entre las partes, y regida por el ordenamiento jurídico internacional"*.¹

Señala además, *"Muchos son, en efecto, los nombres que en la práctica se han asignado a los tratados internacionales (tratados, convenios, convenciones, acuerdos, pactos, declaraciones, protocolos, comunicados conjuntos, entendimientos...)*. Hay quien se ha ocupado, ciertamente con infinita paciencia de investigar si el nombre utilizado tenía relación o no con la materia objeto del acuerdo, con el número de partes o con su importancia o trascendencia. Bástenos a nosotros indicar aquí, a título puramente indicativo, que las menciones de convenio, convención o acuerdo parecen

¹ GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo.- Derecho Internacional Público - 1ª Edic.- Edit. Trotta, Madrid, 1995.- p. 259.

en la práctica ampliamente mayoritarias, y que el término particular de tratado se revela en declive”.²

Esta cuestión que quizá para muchos sea motivo de grandes controversias, viene a ser resuelta por las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptadas en 1969 y 1986.

El artículo 2° de la Convención de Viena de 1986 señala:

“Artículo 2. Términos empleados

1. Para los efectos de la presente Convención:

a) *se entiende por “tratado” un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito:*

- i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o*
- ii) entre organizaciones internacionales.*

*Ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”*³

² GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo. Derecho Internacional Público. Op. Cit. p. 261.

³ SZÉKELY, Alberto. Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público. Estudio Introdutorio tomo IV.- 2ª Edic.- Edit. Porrúa.- México, 1990.- p. 1990.

De lo anterior podemos concluir que las mismas Convenciones de Viena, nos dan la pauta para que podamos referirnos hacia los "tratados" en *cualquiera que sea su denominación*, siempre y cuando reúnan las condiciones enmarcadas en el artículo señalado, es decir que esté celebrado por escrito, que dicha celebración se realice entre sujetos de Derecho Internacional, esto es entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales o bien entre estas últimas; por otro lado, que esté destinado a producir obligaciones para las partes y en caso de incumplimiento a ellas, se puedan hacer efectivos los efectos jurídicos estipulados por las partes y, finalmente que se encuentre regido por el Derecho Internacional.

Por otra parte el artículo 3° de la Convención de Viena de 1986, señala:

"Artículo 3. Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención.

"El hecho de que la presente convención, no se aplique:

- i) ni a los acuerdos internacionales en los que fueren partes uno o varios Estados, una o varias organizaciones internacionales y uno o varios sujetos de derecho internacional que no sean Estados ni organizaciones;*
- ii) ni a los acuerdos internacionales en los que fueren partes una o varias organizaciones internacionales y uno o varios sujetos de derecho internacional que no sean Estados ni organizaciones;*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

iii) ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales;

iv) ni a los acuerdos internacionales entre sujetos de derecho internacional que no sean Estados ni organizaciones internacionales;

no afectará:

a) al valor jurídico de tales acuerdos;...".⁴

De esta manera la misma Convención estipula que debemos considerar como tratados, a los celebrados entre Estados o bien entre Estados y organizaciones internacionales, o entre estas últimas; y rechazar los acuerdos celebrados entre personas privadas, incluidas entre ellas y como señala Manuel Diez de Velasco individuos, organizaciones no gubernamentales, sociedades y asociaciones, así como tampoco deben considerarse como tratados, a los concluidos entre Estados y personas privadas.

Por lo que se refiere a sí debe o no constar en uno o más instrumentos *en forma escrita*, Manuel Diez de Velasco manifiesta que la práctica internacional no requiere la forma escrita para la existencia de un acuerdo que obligue a las partes, *"El Derecho internacional no exige unas*

⁴ SZÉKELY, Alberto. Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público. Op. Cit. p. p. 1991 y 1992.

*formas rígidas -existe una gran variedad de formas-, y es posible incluso la utilización de la forma verbal",*⁵ sin embargo la Convención de Viena de 1969 y de 1986 sí lo exigen.

1.2. Ámbitos de validez de una Convención.

Antes de iniciar con el estudio y análisis de los ámbitos en los que la aplicación de una Convención es válida, es necesario que hagamos referencia a lo que menciona nuestra doctrina respecto de los cuatro ámbitos de validez de una norma jurídica; doctrina que debemos al maestro Hans Kelsen.

Según Kelsen, existen cuatro ámbitos de validez de las normas jurídicas a saber, el ámbito espacial, material, temporal y personal; explicaremos cada uno brevemente antes de aplicarlos a la Convención sobre los Derechos del Niño, como norma jurídica de Derecho Internacional a la cual debemos el presente estudio.

El ámbito espacial de validez de una norma jurídica, *"...atiende al lugar o espacio geográfico en que tienen validez las normas jurídicas,..."*⁶

⁵ DIEZ DE VELAZCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo I.- 10ª Edic.- Edit. Tecnos, S.A. Madrid, 1994. p. 143.

*ámbito espacial de validez es la porción del espacio en que un precepto es aplicable".*⁶

Para Kelsen se pueden subdividir los siguientes ámbitos espaciales o esferas geográficas de validez: internacionales, plurinacionales, nacionales (federales), locales y municipales.

El ámbito internacional es aquel, en el que las normas regulan relaciones entre naciones.

El ámbito plurinacional, también llamado por Kelsen como "internacional", es donde tienen cabida normas de aplicación en todas las naciones del mundo.

El ámbito nacional, es al que pertenecen las normas vigentes en todo el territorio de un país determinado, *"Cuando un Estado está organizado en forma federal, las normas aplicables en todo el territorio del mismo reciben el nombre de "federales"; es decir, el ámbito federal es el ámbito nacional de un Estado que tiene un régimen federal".*⁷

• VILLORO TORANZO, Miguel.- Introducción al estudio del derecho- 14ª Edic.- Edit. Porrúa, México, 1999. p. 285.

⁷ *Ibidem*. p. 286.

Por su parte en el ámbito local de validez, solamente tienen aplicación las normas, en una parte del territorio de una nación.

La validez de las normas municipales, solamente existe dentro del llamado municipio.

Por ámbito material de validez según Kelsen, se entiende la materia regulada por la norma, *"una norma sólo es válida frente a determinada materia jurídica,...la diversa índole de las relaciones sociales, exige la aplicación de criterios diferentes de Justicia"*.⁸

Por ello se dice que una resolución jurídica, no puede ser la misma para diversas situaciones concretas, de ahí que de acuerdo con la materia de que se trate, es como se clasifican las ramas del Derecho, en base a la actuación del Estado y de los particulares en las relaciones sociales.

El ámbito temporal de validez es en sí, el tiempo en que perdura la vida de una norma y se inicia desde el momento en que la norma entra en vigor, proyectándose en el futuro, en palabras del maestro Miguel Villoro Toranzo se explica de la siguiente manera: *"Es un absurdo tanto lógico como*

⁸ VILLORO TORANZO, Miguel.- Introducción al estudio del derecho - Op. Cit. p. 291.

jurídico el pretender que la validez temporal se extienda hacia el pasado a un momento en que aún no existía la norma. Puesto que la ley es una norma que se establece para regular nuestras acciones y que no tiene fuerza obligatoria, sino después de su promulgación, es lógico que no pueda aplicarse a tiempos pasados sino a los venideros".⁹

Es preciso además mencionar el efecto retroactivo de las normas dentro de este ámbito de validez y para ello haremos referencia a las palabras del maestro Miguel Villoro Toranzo, *"La retroactividad de la ley consiste en su aplicación a efectos jurídicos nacidos de hechos que tuvieron lugar antes de su vigencia y que se perpetúan en el tiempo de la misma...si es posible regular conforme a la nueva ley efectos actuales nacidos de situaciones pasadas y, si así se procede, entonces se dice que se aplica la nueva ley retroactivamente"*, y agrega también, *"que la aplicación retroactiva es debida, en aquellos casos en que a nadie perjudica".¹⁰*

Finalmente analicemos el ámbito personal de validez, Kelsen refiere que no todas las normas son válidas para todas las personas, y que algunas normas se aplican a grupos determinados, extensos o reducidos de personas.

⁹ VILLORO TORANZO, Miguel.- Introducción al estudio del derecho.- Op. Cit. p. 295.

¹⁰ *Ibidem*. p. 296.

La clasificación que realiza Kelsen es la siguiente:

1. Normas generales o válidas para todas las personas, ejemplo: Artículo 2° de nuestra Constitución, misma que prohíbe terminantemente la esclavitud.
2. Normas genéricas o válidas para un grupo extenso (o género) de personas, ejemplo: las que son sólo válidas para los mayores de edad, o para los menores de edad, para los nacionales o para los extranjeros entre otros.
3. Normas específicas o válidas para un grupo reducido y limitado de personas, entiéndase por ellas las que se aplican a personas que si bien es cierto formaron parte de un grupo general o genérico, llega el momento en que se colocan en el supuesto de un grupo específico al cual se le aplican dichas normas, como ejemplo de ellos tenemos a los que ejercen el comercio, a los notarios, corredores, etc.
4. Normas individualizadas o válidas sólo para individuos determinados, como ejemplos, las partes que celebran un contrato, los herederos de un testamento o los condenados por una sentencia judicial, administrativa o del trabajo.

Una vez analizada la doctrina de los cuatro ámbitos de validez de la norma jurídica según Hans Kelsen, procederemos a aplicarlos a la Convención sobre los Derechos del Niño.

1.2.1. Ámbito Territorial.

También llamado ámbito espacial, debido a que en él se incluyen todos los espacios terrestres, marinos y aéreos, en los que el Estado Parte de una Convención ejerce su soberanía y jurisdicción, pero por otro lado, las partes de un tratado pueden establecer en el texto del mismo, que solamente sea aplicado a una parte de su territorio o bien, que se excluya su validez en algunos de sus territorios, lo anterior es regulado por las Convenciones sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que a la letra dice en su artículo 29:

"Artículo 29. Ámbito territorial de los tratados

"Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo".¹¹

Asimismo la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1986 en su artículo 29 establece:

¹¹ ORTIZ AHLF, Lorena. Derecho Internacional Público. 1ª Edic. Edit. Harla Textos Jurídicos Universitarios, México, 1989. p. 218.

"Artículo 29. *Ámbito territorial de los tratados*

"Un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales será obligatorio para cada uno de los Estados partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo".¹²

De este artículo se desprende en principio que el tratado será aplicado a la totalidad del territorio de los Estados Parte, pero por otro lado señala que los Estados pueden señalar específicamente a que parte o territorios será aplicado el mismo, al establecer para ello la "Cláusula Federal", que puede ser incluida por las partes en un tratado cuando se prefiere que los efectos del tratado no sean aplicados a alguno de los territorios del Estado Parte, por ello es importante mencionar lo que al efecto señala el maestro Francisco José Contreras Vaca:

"...la llamada "cláusula federal", que permite limitar el ámbito de validez espacial o territorial, al indicar que los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos, podrán declarar, al momento de formar, ratificar o adherirse a la convención, que la misma se aplique a todas sus unidades territoriales o solamente a algunas de

¹² SZÉKELY, Alberto. *Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público*. Op. Cit. p. 2004.

ellas y que tales declaraciones pueden ser modificadas por manifestaciones ulteriores".¹³

Por lo tanto, si las naciones no hacen valer la llamada "*cláusula federal*" al momento de firmar, ratificar o adherirse al tratado, se entiende que la aplicación del mismo deberá ser en todo el territorio nacional del Estado Parte, con excepción entonces de aquellos Estados federados que la hayan hecho valer al firmar el tratado.

1.2.2. **Ámbito Personal.**

El ámbito de validez personal de un tratado, implica que éste únicamente surtirá efectos y podrá ser aplicado en relación con las partes que lo celebraron, quienes pueden también limitar la validez de los efectos mediante las llamadas *reservas* dentro del tratado, figura que analizaremos con posterioridad.

Entendamos por "*parte*", según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986 en el artículo 2. inciso g) lo siguiente:

¹³ CONTRERAS VACA, José Francisco. Derecho Internacional Privado Parte Especial- 1ª Edic.- Edit. Colección de Textos Jurídicos Universitarios Oxford, University Press, México, 1998. p. 23.

*"se entiende por "parte" un Estado o una organización internacional que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual o a la cual el tratado está en vigor;"*¹⁴

Por otro lado es importante señalar que el principio que rige la observancia que deben las Partes a un tratado es el de la *pacta sunt servanda*, por el que todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido de buena fe, este principio es recogido por las Convenciones de Viena 69 y 86, en su artículo 26 y establece la obligatoriedad de los tratados para cada una de las Partes; *"la seguridad de las relaciones internacionales estaría comprometida si se dejase a la voluntad de las partes el cumplimiento o incumplimiento de los pactos"*.¹⁵

Asimismo se debe establecer que un tratado puede producir obligaciones y derechos para un tercer Estado u organización, mismos que no formaron parte en la celebración del pacto, sin embargo es preciso que este o estos terceros Estados, o terceras organizaciones produzcan su consentimiento, tal y como lo señala el artículo 34 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, igualmente se deben cumplir ciertas condiciones para que un tratado revista obligaciones para estos terceros Estados o terceras

¹⁴ SZÉKELY, Alberto.- Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público.- Op. Cit. p. 1991.

¹⁵ SEARA VAZQUEZ, Modesto.- Derecho Internacional Público.- 10ª Edic.- Edit. Porrúa, México, 1998. p. 61.

organizaciones, mismas que son estipuladas en el artículo 35 de las Convenciones de Viena:

- ψ Que las partes en el tratado tengan la intención de crear una obligación para el tercer Estado o tercera organización.
- ψ Que el tercer Estado u organización, acepte de forma expresa por escrito la obligación.

El artículo 36 de la Convención de Viena de 1969 y 1986, refieren por otro lado los requisitos para que un tercer Estado o tercera organización, puedan gozar de los derechos emanados de una Convención, al efecto son los siguientes:

- ψ Que exista la disposición en el tratado, siempre y cuando las partes del mismo tuvieron la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o tercera organización, a un grupo de Estados u organizaciones o bien, a todos los Estados u organizaciones.
- ψ Que el tercer Estado u organización, el grupo de Estados u organizaciones o los Estados u organizaciones asienten su consentimiento, para ello no es necesario que se deba realizar por escrito, ni de forma expresa, pues este se presume mientras no haya

manifestación en contrario. Tratándose de organizaciones su consentimiento se regirá por las reglas de la misma.

- ψ Que el Estado beneficiario del derecho, ejerza el mismo de acuerdo a las exigencias que para ello las partes estipularon en el tratado.

Al aplicar el ámbito de validez personal a la Convención sobre los Derechos del Niño, encontramos que una vez que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad la Convención, desde el primer día obtuvo una respuesta sin precedentes que ningún otro tratado de las Naciones Unidas le ha sucedido.

La Convención fue firmada entonces por 61 países y los gobiernos de cada uno de ellos demostraron la voluntad de tomar en serio la ratificación del documento. Para el año de 1993 eran ya 133 países los que la habían ratificado y para nuestros días, la Convención es el tratado de derechos humanos universalmente más aceptado de la historia ya que ha sido ratificado por todos los países salvo dos, los Estados Unidos de América y Somalia; al presente año la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por 190 países, los que se enlistan en el anexo 2 que se puede observar al final de este trabajo de tesis.

1.2.3. **Ámbito Material.**

El ámbito material de los tratados esta constituido por la diversidad de materias y de criterios en que las naciones pueden manifestarse para celebrar tratados, podemos decir que todas las áreas del conocimiento pueden ser objeto de acuerdos internacionales.

Todas las relaciones entre Estados pueden ser materia de tratados con la única limitación de que el objeto del tratado o que las disposiciones del mismo no vayan en contra del *ius cogens* internacional, ni que tales convenios lesionen las normas fundamentales de derecho interno, lo que trae como consecuencia la nulidad de los tratados. Para ilustrar lo anterior es importante referirnos a lo que disponen los artículos 46 primer párrafo y artículo 53 de la Convención de Viena de 1986, en éste último encontramos lo que debemos entender por norma internacional de *ius cogens*.

"Artículo 46. Disposiciones de derecho interno del Estado y reglas de la organización internacional concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. *El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser*

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno".¹⁶

Asimismo el artículo 53 dice lo siguiente:

"Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. (Jus cogens)

"Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".¹⁷

En cuanto a este ámbito de validez de los tratados, existe una problemática respecto a la aplicación del mismo y con relación a cual debe prevalecer, cuando los Estados suscriben diversos acuerdos con un mismo Estado respecto de materias idénticas, la problemática puede ser resuelta por el principio de anterioridad o posterioridad del mismo o bien, por su

¹⁶ SZÉKELY, Alberto- Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público. Op. Cit. p. 2012.

¹⁷ Ibidem, p. 2015.

compatibilidad o incompatibilidad, para ello, los tratadistas han analizado esta cuestión con fundamento en lo estipulado por el artículo 30 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

1. Prevalecerán las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas cuando exista conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de esta organización, en virtud de dicha Carta y las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional.
2. Para el caso de que existan tratados que señalen estar subordinados a uno celebrado posterior o anteriormente, se deben considerar compatibles, con prevalencia de las disposiciones del último.
3. Cuando en un tratado posterior celebrado por las mismas partes y en la misma materia, no se prevea la terminación o suspensión de un tratado anterior, éste solamente se aplicará en las cuestiones compatibles con el posterior y en caso de que éste anterior, sea omiso en alguna cuestión se aplicará el tratado anterior, además para el caso de que ambos sean imposibles de aplicarse simultáneamente, se considerara terminado el anterior.
4. *“Si el Estado suscribe un tratado multilateral y previamente ha celebrado acuerdo con algunos de ellos en la misma materia. En este caso existen dos formas para regular las situaciones que a la nación se le presentan:*

- *Relaciones bilaterales con un Estado parte en el acuerdo anterior.*
Se observaran las reglas indicadas en el apartado 3, y
- *Relaciones bilaterales con un Estado que no forma parte de acuerdo anterior.*

**Las relaciones entre ellos se determinan con base en las disposiciones del tratado suscrito*.¹⁸*

En cuanto a la materia objeto de la Convención sobre los Derechos del Niño, encontramos que tiene como principal finalidad la de procurar el respeto y la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad, consideradas por la misma Convención como niños.

1.2.4. **Ámbito Temporal.**

Se considera que una convención comienza a surtir sus efectos en el momento en que las Partes en ella así lo estipulan, es decir, la convención entrará en vigor a partir de la fecha que las partes señalen o bien al momento que hayan acordado los Estados negociadores y las organizaciones internacionales, de tal suerte que en el artículo 24 de la Convención de Viena de 1986, menciona que a falta de tal disposición o

¹⁸ CONTRERAS VACA, José Francisco. *Derecho Internacional Privado*. Op. Cit. p. 28.

acuerdo el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados en obligarse por el tratado.

Sin embargo el que una convención empiece a surtir efectos, no implica que desde ese momento la misma haya entrado en vigor, pero por regla general se entiende que a partir de su entrada en vigor inician los efectos de la misma; existen actos establecidos por las Convenciones de Viena 69 y 86 en su artículo 24 párrafo 4, que deben ser observadas por los Estados negociadores antes de la entrada en vigor del tratado, tales como la autenticación de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de la entrada en vigor, las reservas y las funciones del depositario.

Cuando un Estado tiene la intención de formar parte de un tratado que ya ha entrado en vigor, simplemente debe manifestar su consentimiento en obligarse por él y considerar desde ese momento, que el tratado comenzará a surtir efectos respecto de ese país, siempre que el propio tratado permita la entrada de otro Estado.

Por otro lado, un tratado puede aplicarse provisionalmente antes de su entrada en vigor, ya sea de la totalidad de sus disposiciones o bien de algunas de ellas, a partir de la fecha de la firma o bien treinta días después de ésta y se aplicará siempre y cuando, el tratado así lo disponga, o bien si

existe entre las Partes un canje de notas simultáneos, -esto implica que un Estado realiza una propuesta mediante una carta o nota diplomática a otro que la recibe y éste a su vez, remite otra carta o nota en la que establece la admisión de la propuesta, es ahí donde se formaliza el acuerdo-.

Asimismo se entiende que la aplicación provisional deja de surtir efectos cuando un Estado notifica a los demás Estados su deseo de dejar de ser parte del tratado. Por lo que estamos totalmente de acuerdo con el maestro Antonio Remiro Brotons¹⁹ cuando señala que, la aplicación provisional es una figura que ayuda de manera determinante a los Estados que desean la aplicación urgente de determinado tratado y evita, tener que esperar la aprobación y los engorrosos trámites de los organismos internos encargados de ratificar el convenio, dando pie a que tales organismos no se nieguen a autorizarlo, cuando en dicho país se considera tan necesario.

Asimismo se considera como principio rector de este ámbito, el de la *irretroactividad* establecido por las convenciones de Viena de 69 y 86 en su artículo 28 que implica que un Estado, no se obligará por algún hecho o acto, que haya tenido lugar antes de la fecha de entrada en vigor para ese Estado o bien, de alguna situación que antes de esa fecha haya dejado de existir, salvo que el tratado establezca lo contrario.

¹⁹ Cfr.- REMIRO BROTONS, Antonio- Derecho Internacional Público 2. Derecho de los tratados. - 1ª Edic.- Edit. Tecnos, S.A., Madrid, España, 1987, p. 249.

Es de señalarse también que las Partes tienen plena libertad de establecer en el tratado normas respecto de su aplicación en el tiempo, las cuales pueden indicar que éste regule situaciones que sucedieron antes de su entrada en vigor o simplemente, que de la naturaleza del tratado se desprenda que éste deba tener efectos retroactivos, las mismas Convenciones de Viena admiten que los tratados tendrán efectos retroactivos cuando *"una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo"*, enunciado que a nuestro gusto es una puerta demasiado amplia, ya que si bien es cierto que las partes pueden y tiene libertad de estipular su normatividad en cuanto a su aplicación en el tiempo, también creemos que debe existir plena seguridad jurídica al momento de que se pretenda aplicar determinado acuerdo a situaciones en las que las Partes negociantes son solo ello, simples negociantes y que únicamente están obligadas a cumplir y a responder por aquello que se encuentre inserto dentro del texto del tratado y a lo que se comprometieron al momento de la firma del mismo.

Contrariamente a la entrada en vigor de un tratado, encontramos el término de su validez en las siguientes causas establecidas por las Convenciones de Viena 69 y 86, mismas que solamente mencionaremos debido a que tales causas pueden muy bien ser objeto de un estudio diverso al que pretendemos por ahora.

- ψ Por voluntad de las Partes.
- ψ Por celebración de un tratado posterior.
- ψ Por violación grave del tratado.
- ψ Por imposibilidad de seguir cumpliendo con el objeto del tratado.
- ψ Por cambio fundamental de las circunstancias.
- ψ Por la aparición de una nueva norma internacional de *ius cogens*.

En el ámbito temporal de validez de la Convención sobre los Derechos del Niño como norma jurídica de Derecho Internacional, encontramos que la entrada en vigor de la misma, según lo establece su artículo 49 *"...entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas"*.²⁰

Por su parte el segundo párrafo del mismo artículo señala que, *"Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión"*.²¹

²⁰ Diario Oficial de la Federación, 25 de enero de 1991, Decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²¹ Página de internet: <http://www.unicef.org/spanish>, tema: La Convención sobre los Derechos del Niño.

En el anexo 3, que se incluye al final del presente trabajo, se puede observar el día en que cada una de las Partes firmaron la Convención y la fecha del depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión ante la Secretaría General de las Naciones Unidas, así como la fecha de iniciación de la vigencia en el orden internacional de la Convención para cada Estado Parte.

1.3. Reglas de interpretación de la Convención.

"La interpretación, como ha observado M. Bos, es una actividad en el marco de la aplicación de las manifestaciones reconocidas del Derecho Internacional, muy especialmente de los tratados.

"Siempre es, en efecto, preciso determinar el sentido, fijar el alcance, esclarecer los puntos oscuros y las ambigüedades de una disposición, antes de ordenar sus consecuencias en el caso concreto".²²

Igualmente importante es mencionar que si bien las normas incluidas en un tratado deben ser acordes a las disposiciones fundamentales de derecho interno y además al *ius cogens*, también se debe tomar en

²² REMIRO BROTONS, Antonio. Derecho Internacional Público 2. Op. Cit. p. 306.

cuenta la interpretación que de estas realicen los órganos encargados de ello, para su aplicación final al caso concreto.

La interpretación de un tratado debe realizarse buscando el verdadero sentir de las Partes al momento de estipularla pero acorde con las necesidades del caso concreto, esta interpretación debe seguir algunas condiciones y criterios establecidos por las Convenciones de Viena de 69 y 86 en el artículo 31, el que señala como regla principal que todo tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido ordinario de sus términos y dentro del contexto de los mismos, en atención siempre del objeto y fin del tratado.

Incluyéndose en el contexto, el preámbulo, el texto del tratado y los anexos del mismo, como son los acuerdos concertados entre las Partes y los instrumentos formulados con motivo de la celebración del tratado; además del contexto, se tendrá en cuenta para su interpretación, según el artículo 31 párrafo 3 de la Convención de Viena de 1986, todo acuerdo ulterior entre las Partes, toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, así como toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las Partes.

Por otro lado, existen medios complementarios de interpretación que tienen como finalidad la confirmación del sentido resultante de la

interpretación hecha, en base a los requerimientos antes mencionados, tales medios son los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración, en la razón de que los trabajos preparatorios según el maestro Antonio Remiro Brotons son *"el conjunto de documentos que figuran en la correspondencia diplomática, actas oficiales y anexos de las conferencias y órganos donde se ha desarrollado la negociación"*,²³ siempre y cuando dicha interpretación haya dejado ambiguo u oscuro o bien, absurdo o irrazonable el sentido de la misma.

Los tratados aprobados y consentidos en varios idiomas por las Partes, también son sujetos de interpretación según lo estipulado por el artículo 33 de las Convenciones de Viena de 69 y 86, en el que se menciona que los términos se presumen idénticos en todos los textos auténticos y en caso de que el texto autenticado de uno de ellos revele alguna diferencia, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos en atención al objeto y fin del tratado.

En lo que concierne a la Convención sobre los Derechos del Niño no incluye dentro de su texto reglas específicas para el caso de interpretación de la misma, por lo que es por demás señalar, que en caso de que se alegue la ambigüedad de su texto o de alguna de sus disposiciones,

²³ REMIRO BROTONS, Antonio - *Derecho Internacional Público*, 2.- Op. Cit. p.p. 314 y 315.

se atenderá a las reglas de interpretación que para el efecto señala la Convención de Viena de 1969.

Una vez estudiados los elementos necesarios para entender la constitución de un tratado, continuaremos con el análisis del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño.

1.4. Antecedentes de la Convención sobre los Derechos del Niño.²⁴

La primera expresión de la preocupación internacional por la situación de los niños se produjo en 1923, cuando el Consejo de la recién creada organización no gubernamental: Unión Internacional para la Protección de la Infancia (*Save the Children International Union*) adoptó una declaración de cinco puntos sobre los derechos del niño, conocida como "Declaración de Ginebra" que fue aprobada al año siguiente por la Quinta Asamblea de la Sociedad de Naciones, quien hace suya esta tentativa de codificación de los derechos del niño.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁴ Cfr.- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).- La Convención sobre los Derechos del Niño.- Folleto publicado en 1999. Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía.- Protección Jurídica del Menor.- Edit. Granada, 1997. p p. 255 a 257. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.- Colección sobre los derechos de la niñez, Derechos de la Niñez.- 1ª Edic.- Edit.- UNAM. México, 1993. p p. 11 a 13. Diccionario de Política Internacional.- Edmundo Hernández Vela Salgado.- 5ª Edic.- Edit. Porrúa, México, 1999. p p. 213 a 214. Situación de la Convención sobre los Derechos del Niño.- Informe del Secretario General 19 de agosto de 1999, 54 período de sesiones, Tema 113 del programa provisional.- Promoción y protección de los derechos del niño.- Documento A/54/265 ONU AG. p. 2.

Posteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos preparada por la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946 y aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 (III), proclamándola como "el ideal común a alcanzar por todos los pueblos y todas las naciones", establece que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales, lo que también reiteran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 23 y 24 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en general, los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan por su bienestar.

En el mismo año de 1948, fue revisado y ampliado el texto de la Declaración de Ginebra por parte de la Sociedad de Naciones y el resultado de esta revisión, sirvió de base para la Declaración de los Derechos del Niño, que fue adoptada posteriormente en diez principios básicos sobre bienestar y protección infantil, por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959.

Se creó entonces, un cuerpo de normas internacionales de derecho humanitario y de derechos humanos, el cual comprendía una gama de instrumentos, como por ejemplo: los que tienen fuerza coactiva para los gobiernos que los ratifican, como las Convenciones de Ginebra de la Cruz

Roja, las Convenciones de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), los Pactos Internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Sociales y Culturales y los que no tienen fuerza coercitiva, como son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, los Principios de Ética Médica y la Declaración de los Derechos del Niño.

Fue entonces que con motivo de la celebración del año internacional del niño, próximo a realizarse en el año de 1979 y con apoyo en la Declaración de 1959, -la que sirvió como trampolín-, el Gobierno de Polonia en 1978 inició conversaciones sobre un proyecto de Convención, por ello presentó un texto inicial basado en la Declaración ante la Comisión de Derechos Humanos en las Naciones Unidas, y albergaba la esperanza de que fuera rápidamente adoptado a lo largo de 1979, sin embargo la Comisión consideró que el texto debía ser sometido a una revisión de fondo y estableció un Grupo de Trabajo especial, que mantuvo reuniones anuales durante más de diez años, en el que se contó con la participación y colaboración de representantes de organismos especializados de las Naciones Unidas, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Organización Mundial para la Salud (OMS), así como también participaron representantes de los 43 Estados miembros de la Comisión.

La perspectiva de una Convención no encontró un apoyo unánime, algunos opinaban que ya existía una Declaración sobre los Derechos del Niño, que aunque carecía de fuerza coactiva, había sido aceptada por todos los Estados y era por lo tanto, presuntamente aplicable en todos ellos.

Pronto esta reticencia se convirtió en la preocupación de que los niños fuesen "objeto" de un instrumento de derechos humanos separado y con fuerza coercitiva. Los Estados y Organismos participantes en el Grupo de Trabajo, estimaron que con ello, era posible y necesario responder a las necesidades de los niños en el marco de textos globales.

La versión definitiva, preparada por el Grupo de Trabajo, una vez que fue adoptada en su totalidad, fue asimismo objeto de una revisión técnica en profundidad, realizada por el Secretario de las Naciones Unidas, con el fin de garantizar la ausencia de contradicciones tanto internas, como en relación con las normas establecidas en otros instrumentos internacionales y su conformidad, con la terminología de los textos legislativos internacionales.

Pese a los largos y difíciles debates sobre cuestiones políticas y culturales complejas, tales como la religión, la adopción de menores entre países, los conflictos armados y la protección legal antes del nacimiento, el

Grupo de Trabajo se mostró motivado y dedicado, por lo que consiguió su aprobación total.

El texto definitivo del proyecto de Convención fue sometido a la Comisión de Derechos Humanos, que lo aprobó el 8 de marzo de 1989 y lo envió al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), desde donde emprendió su viaje final a la Asamblea General de las Naciones Unidas quien la adoptó el 20 de noviembre de 1989 y que entraría en vigor, a los treinta días después de su ratificación por el vigésimo Estado según el artículo 49 del propio instrumento, consagrándose así la Convención sobre los Derechos del Niño.

1.5. Objeto y Contenido de la Convención.²⁸

La Convención sobre los Derechos del Niño que se inserta en esta nueva dinámica del Derecho Internacional contemporáneo, conforma un tejido de derechos de los menores, de obligaciones de los Estados y de medidas de protección, se aparta por tanto del tradicional equilibrio recíproco de intereses de los Estados signatarios, y busca el establecimiento de un

²⁸ Cfr.- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) - La Convención sobre los Derechos del Niño, Folleto publicado en 1999. Diario Oficial de la Federación, 25 de enero de 1991, Decreto promulgatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño.

orden público común en la materia, cuyos destinatarios serán las personas menores, habitantes de los Estados.

Aunque la Convención ha sido objeto tanto de alabanzas como de críticas por ser un documento revolucionario, la verdad es que debe considerarse como un gran hito dentro de un proceso continuo de recopilación de experiencias y reflexión que, a lo largo de varias décadas, ha sido desarrollado en torno a los derechos humanos en general y a los temas relacionados con la infancia en particular.

Las disposiciones de la Convención son esencialmente el resultado lógico de lo que hoy es un contrastado proceso de desarrollo de normas internacionales, que como ya se señalaba anteriormente, se establecen en primer lugar como principios básicos y posteriormente, estos principios se incluyen en textos internacionales que abarcan una amplia gama de derechos y finalmente, forman parte de instrumentos legales vinculantes con objetivo específico, tal como lo es la Convención.

La Convención de los Derechos del Niño se adopta en primer término, al considerar la necesidad por parte de algunos Estados, de contar con un ordenamiento que fuera vinculante en virtud del Derecho Internacional en materia de derechos de la infancia, que proporcione al menor principalmente una protección especial, con base en la Declaración

Universal de los Derechos Humanos, en el cual las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

Tiene como objetivo, buscar que en la familia donde crecen y se desarrollan los menores, reciban la protección y asistencia necesarias para poder asumir sus responsabilidades dentro de la comunidad y sociedad en que se desenvuelven, para que de esta manera alcancen un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y gocen de un ambiente de felicidad, amor y comprensión, que los ayude a fortalecer los espíritus de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

La protección que reclama la Convención para con los menores, como es ya sabido, se encuentra fundamentada y apoyada desde la Declaración de Ginebra, la Declaración de los Derechos del Niño, reconocida también dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos particularmente dentro de sus artículos 23 y 24, así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular en su artículo 10 y por último en los instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones que se interesan en el bienestar del niño.

Pretende además, que los Estados prevean como consecuencia de su falta de madurez física y mental, la debida protección legal tanto antes como después de su nacimiento, así como de cuidados especiales.

Busca la protección y la especial consideración de los menores que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que habitan en todos los países del mundo, es importante destacar entre ellos a los indígenas, los hijos de trabajadores agrícolas migrantes, los menores que para contribuir al ingreso familiar y que al huir del maltrato, terminan como "niños en situación de la calle", migrantes que cruzan las fronteras de manera ilegal y son víctimas de discriminación y abusos; los menores infractores, adictos o víctimas del comercio sexual, los menores abandonados, huérfanos o víctimas de abuso en sus familias, que viven en albergues asistenciales públicos o privados, los discapacitados, que por su condición no tienen oportunidades de educación regular, ni la atención especial que su situación demanda, así como los menores enfermos de SIDA.

A este instrumento le importa también que los países mantengan una buena cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los menores, especialmente en los países en desarrollo, constituyendo así una especie de Carta Magna de los derechos de la infancia para conformar un cuerpo normativo, que garantice en la medida de lo posible su protección efectiva, por lo que de su contenido

puede decirse que descansa sobre una serie de valores éticos esenciales y principios normativos básicos, entre los que podríamos señalar los siguientes:

Entre los valores tendríamos para empezar el *valor de la vida*, en donde la Convención señala que los Estados reconocen que todo menor tiene el derecho intrínseco de la vida, el que debe garantizarse en la medida de lo posible para su supervivencia y desarrollo.

En segundo lugar la Convención pretende destacar el *valor de la dignidad*, mediante la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, domicilio o correspondencia y en la tutela contra ataques a su honra o a su reputación, el deber de los Estados a otorgar asistencia al menor mental o físicamente impedido, para que pueda disfrutar de una vida plena y decente, en condiciones que aseguren su dignidad y, el de procurar su protección contra toda forma de explotación, ya sea económica, laboral, sexual o de cualquier otra índole, contra la tortura y tratos o penas crueles inhumanos y degradantes.

Como tercer lugar, la Convención procura el *valor de la libertad*, en donde el menor es ubicado como sujeto activo y protagonista de sus derechos fundamentales, como por ejemplo, *la libertad de opinión del menor* en los asuntos que le afecten en función de su edad y madurez, su libertad

de información y expresión, de pensamiento, conciencia y religión, así como de reunión pacífica y asociación.

Aunado a estos valores, la Convención busca el respeto y la eficaz aplicación de otros principios, como el de igualdad y la no discriminación, salud, nivel de vida adecuado a su desarrollo, esparcimiento y cultura, seguridad frente a retenciones y traslados ilícitos, malos tratos, abandonos, trabajos nocivos y e ilegales, además de estos valores, la Convención establece una serie de principios normativos básicos y de singular trascendencia para la interpretación, aplicación y garantía de efectividad. De esta manera, establece el principio de protección universal de los menores por parte de los Estados, sin discriminación alguna; el de primacía o prevalencia del *interés superior del menor* en todas las circunstancias de su vida; el de subsidiariedad, que obliga a los poderes públicos a respetar el derecho de los padres, tutores u otras personas responsables de la crianza y desarrollo de los niños a su cargo y por otro lado, el deber de asumir funciones protectoras o asistenciales, cuando decaigan en el ejercicio de las mismas las personas primariamente responsables y por último, el principio de vigilancia, inspección y exacción de responsabilidades a los Estados, por acción u omisión a través del Comité de los Derechos del Niño y otros órganos rectores de las Naciones Unidas.

La Convención de Derechos del Niño consta entonces, de tres grandes secciones:

1. El Preámbulo, que enuncia los principios básicos de la cuestión tratada por la Convención;
2. Los artículos de fondo, que enumeran las obligaciones de los Estados que la ratifican a su debido tiempo;
3. Las disposiciones relativas a la aplicación, que definen como se verifica y se promueve el cumplimiento de la Convención y establece las condiciones para su entrada en vigor.

La intención última de la Convención es destacar que todos los derechos se refuerzan mutuamente para asegurar lo que el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) denomina "*la supervivencia y el desarrollo*" de los niños.

Algunos han creído de utilidad resumir la amplitud de derechos cubiertos por la Convención en las tres "P'es": provisión, protección y participación. Por lo tanto, los niños tienen derecho a que se les *provean* ciertos bienes y servicios, que van desde el nombre y la nacionalidad hasta la atención sanitaria y la educación. Tienen derecho a ser *protegidos* de determinados actos como la tortura, la explotación, la detención arbitraria y la privación injustificada de los cuidados de sus padres. Y los niños tienen

derecho a *participar* en las decisiones que afecten a sus vidas así como a la vida de la sociedad.

La Convención contiene tres grandes innovaciones; la primera y como ya se mencionó, es la introducción del "*derecho de participación*" para los niños y el reconocimiento de la importancia de que los propios niños se informen respecto de sus derechos; la segunda innovación es que la Convención recoge cuestiones que nunca antes se habían abordado en un instrumento internacional por ejemplo, el derecho de los niños víctimas de distintas formas de crueldad y explotación, a la rehabilitación y la obligación de los gobiernos, de adoptar medidas para abolir las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud del niño; y la tercera es la inclusión de principios y normas que previamente aparecieron en textos no vinculantes, en particular en los relacionados con la adopción y la justicia juvenil.

La Convención también introduce dos conceptos significativos con importantes consecuencias:

- ψ "*El interés superior del niño*", se convierte en un criterio obligatorio "en todas las medidas concernientes a los niños";

ψ El principio según el cual, los padres u otras personas responsables del niño, deben proporcionar orientación al niño en ejercicio de sus derechos, pero deben tener en cuenta la evolución de sus facultades.

Por otro lado el artículo 43 de la Convención establece un Comité de los Derechos del Niño encargado de supervisar y observar los progresos realizados por los Estados Parte. Dicho Comité es un organismo de vigilancia establecido de acuerdo con las disposiciones de la propia Convención.

El Comité estaba compuesto por 10 expertos independientes, elegidos por las Partes, pero debido a la cantidad de trabajo del Comité, los Estados Parte de la Convención consideraron la introducción de una enmienda para pasar de 10 a 18 miembros, la que fue aprobada por México el 22 de octubre de 1996. El Comité se reúne en sesiones trimestrales todos los años y revisa los informes que las Partes están obligados a presentar, junto con la información proporcionada por otras fuentes fiables.

Sin embargo esta función de "vigilancia" del Comité, se lleva en un marco de no confrontación, diálogo constructivo y solidaridad internacional. Este planteamiento responde a dos realidades: la primera, que la supervisión que hace el Comité tiene un efecto directo limitado debido a la ausencia de sanciones aplicables; la segunda, que muchos países tienen

una capacidad limitada para cumplir plenamente con las disposiciones de la Convención sin asistencia técnica y financiera. El uso de un planteamiento centrado en un diálogo constructivo ha animado a un gran número de países a ratificar la Convención y ha maximizado su impacto potencial.

El hecho de que esta Convención sea un instrumento internacional de derechos humanos tiene consecuencias importantes; al ser internacional, ha de tener en cuenta diferentes creencias, valores y tradiciones, así como una amplia variedad de realidades socioeconómicas y políticas, el "compromiso" resultante puede que no sea del gusto de todos, pero es inevitable en el caso de un tratado como éste, ya que se trata de unificar criterios.

"Como tratado de derechos humanos, finalmente saca a los niños del terreno de la caridad bienintencionada que en realidad, en algunas ocasiones, pueda dar lugar a la violación de sus derechos humanos. Y el hecho de que sea un instrumento jurídico, implica que debe utilizarse, con perseverancia y competencia, si se pretende que sea eficaz".²⁶

²⁶ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). La Convención sobre los Derechos del Niño. Folleto publicado en 1999.

1.6. Obligaciones que se desprenden de la Convención para las Partes.

Las *convenciones* requieren antes de ser aceptadas y ratificadas, de una toma de decisión por parte de cada Estado, reconociéndose entre ellos de algún modo, la obligación de aplicar sus disposiciones y respetar el mecanismo de control contenido en ellas, cuya función es la de verificar el cumplimiento que cada Estado realiza con respecto a la aplicación de la misma, por ello es preciso que los gobiernos de los Estados realicen un exhaustivo análisis del texto del instrumento, y se comprometan a su debida observancia y aplicación.

Antes de la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se dio una amplia gama de instrumentos, ya de tipo Declaración o no obligatorias, o bien de tipo Convención u obligatorias, como ejemplo de los primeros están las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos; los Principios de Ética Médica y la misma Declaración de los Derechos del Niño; para el caso de los instrumentos obligatorios, tenemos a las Convenciones de Ginebra de la Cruz Roja, las Convenciones de la OIT, los Pactos Internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Actualmente la Convención sobre los Derechos del Niño, realiza un papel complementario a dichas Convenciones y Declaraciones, por lo que más que un catálogo de derechos del menor, es

una lista completa de las obligaciones que los Estados están dispuestos a asumir para con los menores.

Las obligaciones que deben los Estados Parte de la Convención a los menores, en virtud del compromiso adquirido por los gobiernos, pueden dividirse en dos tipos: directas o indirectas; tanto unas como otras conforman una larga lista dentro de la Convención, sin embargo, señalaremos como ejemplos de ellas algunas que a nuestro juicio se consideran de gran importancia, sin quitar méritos a otras muchas que en conjunto, hacen de la Convención uno de los textos de mayor avance e importancia en la historia del Derecho Internacional.

Entre las *obligaciones directas* podemos encontrar dentro del texto de la Convención, la de respetar los derechos enunciados en su texto y asegurar su correcta aplicación; proporcionar y proveer medios educativos y asegurar una buena administración de la justicia; garantizar en la medida de lo posible la supervivencia y desarrollo de los menores; garantizar que en todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social o tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atienda como consideración primordial el *interés superior del niño*; velar porque el menor no sea separado contra su voluntad de sus padres; atender de manera positiva, toda solicitud de éste o de sus padres para salir o entrar a un

Estado Parte; además adoptar las medidas necesarias para evitar los traslados ilícitos o la retención de menores en el extranjero.

Una obligación de suma importancia es la de garantizar que los menores tengan la oportunidad de ser escuchados y de *expresar su opinión* en todos los asuntos en que se vean afectados; por otro lado la de adoptar las medidas legislativas, sociales y educativas para proteger a los menores de todo abuso físico, mental, sexual, trato negligente, malos tratos o explotación, ya sea económica o laboral; asegurar y adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a su salud; la de tomar todas las medidas necesarias para evitar el secuestro, la trata o la venta de menores y, finalmente garantizar el debido proceso legal a los menores privados de su libertad.

En relación con las obligaciones de carácter directo que las Partes tiene que cumplir respecto de la Convención, se encuentra la que establece su artículo 43, por el que se crea el mencionado Comité de los Derechos del Niño, que tendrá como función la de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las Partes; por ello cada país se compromete a presentar al Comité, por conducto de la Secretaría General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que han adoptado para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso alcanzado en cuanto al goce de esos derechos.

Este informe debe presentarse de forma inicial a los dos años de la ratificación y a partir de entonces, un informe cada cinco años, en dicho informe se deben de exponer y describir la situación real de los menores y el proceso nacional seguido para hacer de la Convención una realidad. El Comité tiene la responsabilidad de evaluar los progresos realizados por las Partes en cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Convención, adoptar sus observaciones finales y destacar los progresos realizados hasta la fecha, determinar las áreas que son más preocupantes y realizar sobre ellas, recomendaciones concretas para acciones futuras a desarrollar por cada país.

Para el caso de las *obligaciones indirectas*, se encuentra la de permitir a los padres, a la familia o a los tutores el desempeño de los roles que les corresponden y responsabilizarse de cuidar y proteger al menor; la de respetar el derecho de éste a conservar su identidad; la de respetar el derecho del menor y de sus padres a salir de cualquier país incluido el propio; la de respetar su libertad de expresión, de pensamiento, de conciencia y de religión; la libertad de asociación y la libertad de celebrar reuniones pacíficas; la de reconocer su derecho de disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren la dignidad del menor mental o físicamente impedidos; el respeto al derecho del menor de disfrutar del descanso, del esparcimiento, del juego y de las actividades recreativas y de

participar en la vida cultural y en las artes de su país, entre muchas otras obligaciones de tipo indirectas.

1.7. Reservas en materia de custodia dentro de la Convención.

Cuando las Partes en un tratado, expresan su consentimiento en obligarse por el mismo, tienen la posibilidad de manifestarlo de manera total o parcial en cuanto a su texto, de tal suerte que excluyen, puntualizan o interpretan el sentido de algunas disposiciones del tratado y pueden limitar el alcance de estas con relación a la obligación de las Partes de cumplirla, llámese entonces a dicha figura jurídica, *reserva*.

*Una reserva, "es una declaración de voluntad de un Estado que es o va a ser Parte en un tratado, formulada en el momento de la firma, en el de la ratificación o en el de la adhesión, y que, una vez que ha sido autorizada expresa o tácitamente por los demás contratantes, forman parte integrante del tratado mismo. La declaración antedicha se propone, o bien no aceptar íntegramente el régimen general del tratado, excluyendo de su aceptación alguna o algunas de sus cláusulas, o interpretar estas de manera que precise el alcance que tienen para el Estado autor de tales declaraciones."*²⁷

²⁷ CONTRERAS VACA, José Francisco. Derecho Internacional Privado, Parte Especial. - Op. Cit. p. 165

Entonces entendemos que los efectos jurídicos inmediatos de la reserva para con las Partes, son la modificación en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que realizó la reserva con la otra parte respecto de las disposiciones del tratado a que se refiere la reserva y en la medida en que en ella se realizó.

El artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 señala que se podrán formular reservas, a menos que estén prohibidas por el tratado; que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate o que en los casos no previstos anteriormente, la reserva sea compatible con el objeto y fin del tratado, por otro lado; las reservas pueden dividirse y clasificarse de distintas formas, pero las más importantes por la utilidad que a ellas se les da en la actualidad son las que siguen, de las cuales solamente haremos mención, en virtud de que podrían formar parte de un estudio diverso.

1. Por su naturaleza, se dividen en de exclusión de cláusulas y las interpretativas. Las primeras, los Estados tratan de evitar los efectos y las obligaciones derivadas de la cláusula objeto de la reserva. Las segundas son por las que se aceptan determinadas condiciones, pero dentro de ciertos límites y modalidades, otorgándoles un sentido diverso al que se establece originalmente.

2. Por el momento en que se formulan, (a la firma, a la aprobación, a la ratificación, a la aceptación y a la adhesión al tratado).
3. Reservas permitidas y las no permitidas por el tratado, dentro de éstas, se encuentran las prohibidas de manera expresa y las prohibidas de manera tácita, así como las reservas compatibles e incompatibles con el objeto y fin del tratado.

Existe además un procedimiento para la presentación y aceptación de las reservas el cual se encuentra establecido en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, sin embargo no será desarrollado debido a que no constituye objeto central de nuestro estudio.

Con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño, ésta contiene un sinnúmero de reservas y declaraciones realizadas por las Partes, sin embargo, señalaremos aquellas que se refieren únicamente a la cuestión de la custodia de los menores y en específico, las realizadas al párrafo 1 del artículo 9° y que para efectos ilustrativos se resumen en el anexo 4 que se presenta en la parte final de este trabajo, además de exponer en el anexo 5 las declaraciones hechas por algunos Estados parte respecto del retiro de reservas hechas valer a tal artículo.



CAPITULO 2 ANALISIS DE LOS CONCEPTOS BÁSICOS EN EL DERECHO DE OTROS PAÍSES Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

CONTENIDO

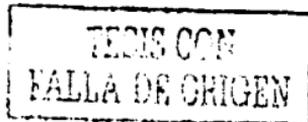
Introducción. 2.1. Conceptos de menor y de niño 2.1.1. En el Derecho de otros países 2.1.2. En el Derecho Internacional 2.2. La Custodia. 2.2.1. En el Derecho de otros países. 2.2.2. En el Derecho Internacional. 2.3. El interés superior del menor y el respeto a la opinión del menor. 2.3.1. En el Derecho de otros países. 2.3.2. En el Derecho Internacional. 2.4. Consideraciones finales. 2.4.1. Del concepto de menor y niño. 2.4.2. Del concepto de custodia. 2.4.3. Del concepto del interés superior del menor y del respeto a la opinión del menor.

Introducción.

Dentro del capítulo 1, quedó establecido que el estudio de nuestra problemática sobre el análisis y aplicación de la figura de la "custodia", estaría enmarcado por la Convención sobre los Derechos del Niño, que ya ha sido analizada en dicho capítulo, sin embargo es preciso que hagamos la revisión dentro de la normatividad de algunos países que son Partes de la Convención, así como de la normatividad internacional, para analizar los criterios utilizados en ellas y determinar si son armónicas con la Convención, además de hacer una comparación que quizá sirva como fundamento a nuestros legisladores para realizar revisiones en el ordenamiento mexicano y tomar de aquellas, algunas cuestiones que puedan hacer de nuestro ordenamiento una normatividad más efectiva.

Para llevar a cabo dicho análisis, habrá de tomarse en cuenta que para el estudio específico de la "custodia", hay que considerar dos principios establecidos por la Convención, que deben servir de guía para no contrariar las disposiciones de la misma y son los siguientes: "*interés superior del menor*" y el "*respeto a la opinión del menor*". principios que son de gran importancia para la correcta aplicación de la "custodia" tanto a nivel nacional e internacional y que a nuestro parecer son fundamentales en la toma de decisiones por parte de las autoridades competentes al momento de dictar resoluciones, por ello; antes de analizar tales principios, habremos de dejar claro lo que para cada Estado Parte y para la normatividad internacional significa o se considera como "*menor*" y como "*niño*", a fin de establecer el concepto de ambas figuras y la relación tan estrecha que hay entre éstas y los principios que estudiaremos.

2.1. Conceptos de menor y de niño.



Para iniciar un estudio sobre el concepto de "niño", es de suma importancia que establezcamos y diferenciemos el concepto de lo que se

entiende por *menor* y *niño*, los que quizá pueden ser empleados por los tratadistas, los legisladores o los juristas de manera indistinta y por tanto, puedan tener características determinantes que los diferencien, cuestión que nos gustaría dejar en claro antes de adentrarnos en el análisis de la figura de la *custodia*.

Hagamos mención primeramente de las palabras del Dr. Mauricio Luis Mizrahi, cuando señala: *"Dado que el sujeto es un ser que apela al lenguaje, la verbalización no es indiferente para el niño, y de ahí la importancia en la precisión de las palabras para que se neutralice la posibilidad de crear situaciones ambiguas"*.¹

La *"niñez"* se considera como el periodo de la vida humana desde el nacimiento hasta la adolescencia, o bien la primera época de la existencia de una persona; éste concepto también se relaciona con el de la infancia, que es la época considerada hasta los siete años de vida de una persona.

La palabra *"menor"* según la Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana, es el hijo de familia o pupilo que no ha llegado a la mayor edad.²

¹ LAGOMARSINO, Carlos A. R.- *Enciclopedia de Derecho de Familia*, tomo III.- Edit. Universidad, Buenos Aires, 1994. p. 52.

² *ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA*, tomo XIX.- Edit. Bibliográfica Obrera, Buenos Aires, Argentina, 1991. p. p. 562 y 563.

El concepto anterior, implica una cuestión importante: ¿desde cuándo se considera a una persona mayor de edad?; *"es una cuestión que no admite regla fija, por el contrario incide en la apreciación, una serie de factores dependiendo del enfoque a realizarse, es decir; propósito o mira que se tenga en cuenta para establecer el concepto, consecuencia de ello, son los distintos criterios en la materia, que alienden a razones de orden social, político, económico, etc."*³

La tratadista, Ingrid Brena Sesma en su obra *"Intervención del Estado en la tutela de menores"*, hace un bosquejo en relación al concepto del menor, que va desde su raíz latina, lo que ella considera por infancia, hasta como se configura la minoridad en nuestra sociedad y al respecto manifiesta lo siguiente: *"La palabra menor proviene de la latina minor, adjetivo comparativo, que, referido al ser humano, se utiliza para diferenciar una circunstancia que ocurre en la persona durante las primeras etapas de su desarrollo. Esta diferencia separa a una parte a la colectividad que aún no ha alcanzado el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud existencial."*

³ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Op. Cit. - p. p. 562 y 563.

"La infancia se caracteriza por una situación de dependencia frente a otra de autonomía, propia de quienes ya normalmente desarrollados alcanzan la necesaria madurez para regir su propio destino.

"Se es menor en comparación con una persona mayor; de este modo nos hallamos ante un adjetivo comparativo que determina una situación concreta de la vida humana, a la que se denomina minoría de edad, y que es recogida por el Derecho"⁴

Para Jutta Klass, integrante del Colectivo Mexicano de Apoyo a la Niñez (COMEXANI), que refirió en el Simposio "El Menor en el Contexto del Derecho Familiar y los Derechos Humanos" celebrado en la ciudad de México, el concepto vigente de la niñez, *"es el ocultamiento del menor como sujeto social, real, concreto y activo —en favor de una mirada sustantivamente paternalista y asistencialista".⁵*

De los anteriores criterios podemos establecer que tanto el concepto de niñez como el de menor, comprenden periodos de la vida del hombre que son tomados de acuerdo a la situación y al contexto de que se hable y en el cual se pretende incluir a la niñez.

⁴ BENA SESMA, Ingrid.- *Intervención del Estado en la tutela de menores*.- Edit. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994. p. 11.

⁵ TAMES PEÑA, Beatriz.- *El Menor en el Contexto del Derecho Familiar y los Derechos Humanos*.- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Memoria.- 1ª Edic.- México, 1994. p. 42.

Es cierto que en virtud del medio en que nos desarrollamos los seres humanos y las relaciones existentes y necesarias que acarrea el pertenecer a una sociedad, trae como consecuencia el que nos debamos regir por medio de un sistema de normas, las que van a ser aplicadas en algunas ocasiones de manera indistinta y en otras, se va a diferenciar por categorías a los sujetos de las normas; es decir, no se pueden aplicar los mismos ordenamientos a una persona adulta que a una persona que apenas se encuentra en los primeros años de su vida, en virtud de que la solución de los problemas que un adulto pueda tener no son las mismas que requiere para la solución de sus necesidades un ser que empieza a vivir, podemos decir también que jurídicamente, el término "*menor*", es el más adecuado para referir al ser humano que se encuentra en los primeros años de su vida, no tanto el de "*niño*" como bien podría pensarse.

Los ámbitos en los que se desarrollan tanto los menores como las personas adultas son completamente distintas y a pesar de que conviven y se desenvuelven en una misma época y tiempo, sus necesidades no son las mismas y requieren de presupuestos específicos, por lo cual es necesaria una regulación jurídica y aplicación de la misma de forma especial.

2.1.1. En el Derecho de otros países.

El concepto de menor de edad aparece determinado por la naturaleza humana y en consecuencia, la única diferencia que a ese respecto podemos encontrar entre las diversas legislaciones de cada país es la que pone el límite superior a esa etapa de la vida, que ineludiblemente comienza con el nacimiento. Tal límite no es uniforme en los diversos ordenamientos jurídicos, aunque es frecuente encontrar que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años.

El menor en el Derecho chileno.- La profesora en Derecho de Menores, Ana Luisa Prieto Peralta,¹ señala respecto del concepto de minoría de edad así como de las consideraciones que con respecto a éste se ven vinculadas en el Estado de Chile, que *"varía según el ordenamiento positivo que la regula"*, refiriéndose a la materia específica de que en tal caso se trate, y agrega además lo siguiente:

"El concepto jurídico de la menor edad no es uniforme y varía según el ordenamiento positivo que la regula y determina una edad precisa para el tránsito a la edad adulta. Ajena a esta normatividad, la realidad socioeconómica de cada menor, manteniendo siempre sus características

¹ Profesora en Derecho de Menores, del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

propias y relevantes, permite ubicarlo en un determinado grupo, que fijará inexorablemente la extensión del periodo de la juventud condicionado al tiempo destinado para su educación que le permita alcanzar su plenitud material y espiritual, porque mientras más baja sea su situación, más cortos serán los años que lo están separando de la edad adulta".⁶

En este país existe un proyecto de ley en trámite, que persigue fijar la mayoría de edad en 18 años, en virtud de no existir dentro de su legislación disposición alguna que defina lo que debe entenderse por menor de edad, sin embargo la plena capacidad para realizar actos civiles se adquiere a los 21 años.⁷

El menor en el Derecho argentino.- Por su parte en el Derecho Argentino la minoría de edad se toma hasta los 22 años, tal como lo definía el artículo 126 del Código Civil Argentino que consideraba como "...*menores a los individuos de uno y otro sexo que no tuviesen la edad de veintidós años cumplidos*".⁸

⁶ Instituto Interamericano del Niño (OEA) y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.- Curso Internacional de Especialización para Jueces de menores y de familia - 1º Edic. Edit. Jurídica de Chile, Chile, 1983 p. 106.

⁷ Cfr.- Comité de los Derechos del Niño, EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN: Chile, Informe inicial a presentar en 1993.- Documentos CRC/C/3/Add.18 p. 17.

⁸ STILERMAN, Martha N.- Menores: Tenencia. Resumen de visitas.- 2º Edic. Edit. Universidad, Buenos Aires, 1992 p. 29.

Esta norma fue modificada en 1968 por la Ley 17.711, para quedar redactada en los siguientes términos: "*Son menores las personas que no hubiesen cumplido la edad de veintiún años*".⁹

La ley civil argentina establece dos grandes divisiones de la minoría de edad, misma que es definida por el artículo 127 del Código Civil en los siguientes términos: "*Son menores impúberes los que aún no tuvieran la edad de catorce años cumplidos, y adultos, los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos*".¹⁰

La primera etapa va desde el nacimiento hasta los catorce años (menores impúberes), periodo en el cual los menores son considerados absolutamente incapaces de hecho, así lo establece el artículo 54 del Código Civil argentino, que reza: "*Tienen incapacidad absoluta: ... 2°) los menores impúberes...*".¹¹

La segunda etapa es la que transcurre entre los catorce y los veintiún años. Los menores son relativamente incapaces de hecho, pero pueden realizar aquellos actos que le son autorizados por las leyes, lo que

⁹ STILERMAN, Martha N. *Menores. Tenencia. Esquema de visitas* - Op. Cit. p. 29.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

se estipula en el artículo 55 del Código Civil, que dice: *"Los menores adultos solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar"*.¹²

Sin embargo la República de Argentina, señala que al formar parte de su legislación la Convención sobre los Derechos del Niño, ésta se debe interpretar en el sentido de que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.¹³

El menor en el Derecho uruguayo.- El Código Civil uruguayo en el capítulo III que se titula *"De los modos de acabarse, perderse y suspenderse la patria potestad"*, dice en el inciso 2° del artículo 280 lo siguiente: *"Se fija la mayor edad en los veintiún años cumplidos"*, y establece que *"sin embargo las hijas que no hayan cumplido treinta años no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o madre en cuya compañía se hallen, como no sea para casarse o cuando el padre o la madre han contraído nuevas nupcias"*.¹⁴

El Menor en el Derecho paraguayo.- El Código Civil del Paraguay (1987) establece en su artículo 36: *"La capacidad de hecho consiste en la aptitud legal para ejercer por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido veinte años de*

¹² STILERMAN, Martha N.- *Menores: Tenencia. Régimen de visitas* - Op. Cit. - p. 30.

¹³ Cfr.- Comité de los Derechos del Niño, EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN: Argentina, Informe inicial a presentar en 1991 - Document: CRC/C/8/Add.2 p. 8.

¹⁴ STILERMAN, Martha N.- *Menores: Tenencia. Régimen de visitas* - Op. Cit. p. 30.

edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente",¹⁵ norma que en forma implícita define a los menores de edad como seres humanos que no han cumplido veinte años.

El artículo 37 del mismo cuerpo legal dice: "*Son absolutamente incapaces de hecho: ...b) los menores de catorce años de edad...*";¹⁶ edad a partir de la cual los menores tiene incapacidad de hecho relativa (art. 38).

El menor en el Derecho norteamericano.- "En los Estados Unidos en razón de ser estadual la legislación civil, no existe uniformidad en la edad en que se alcanza la mayoría de edad. Arizona lo establece en los dieciocho años, (con la excepción al derecho de consumir bebidas alcohólicas, que se adquiere a los veintiún años), Nebraska la fija en diecinueve años y Colorado en veintiún años. Columbia, Georgia, Massachusetts y New Jersey, entre otros, la establecen también en dieciocho años".¹⁷

Creemos que lo anterior se debe además de la soberanía de cada Estado a regularse, a la existencia dentro del territorio de los Estados Unidos de una gran diversidad de grupos culturales, al igual que a las circunstancias

¹⁵ STILERMAN, Martha N.- Menores. Tenencia. Régimen de visitas- Op. Cit. p. 31.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 32.

lan especiales en razón de cultura, educación y sociabilidad imperantes en ese país.

El menor en el Derecho español.- Coincidimos con la Profesora en Derecho Civil Eulalia Moreno Trujillo,¹⁸ cuando manifiesta con respecto de los menores y los hijos lo siguiente: *"Dentro de nuestro Derecho privado, existen dos figuras, como bien recogió Díez Picazo, que han merecido y merecen atención; figuras que si bien tienen parecidos y elementos comunes, no son plenamente coincidentes: el menor en sentido estricto y el hijo."*¹⁹

Refiere además que la legislación de España, ha considerado como sujeto de las relaciones paterno filiales al hijo, a pesar de que la calidad de hijo deriva de un hecho biológico, *"Se es hijo cualquiera que sea la edad que se tenga, y lo será mientras esa relación biológica subsista (relación que sólo desaparecerá también por causas naturales, la desaparición por muerte de uno de los extremos: padre/madre/hijo)"*.²⁰

¹⁸ En el año de 1997 la Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía realizaron un estudio del proyecto de reforma a Ley de Protección Jurídica del Menor, en la que participaron miembros de la misma Asociación, así como juristas y profesores en la materia; entre ellos La Profesora en Derecho Civil Eulalia Moreno Trujillo. Referencia: Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía - Protección Jurídica del Menor - Edit. Granada, 1997. p. 47.

¹⁹ *Ibidem*. p. 48.

²⁰ STILERMAN, Martha N.- Menores: Tenencia, Régimen de visitas - Op. Cit. p. 48.

Señala además que: *"Prácticamente todo el Derecho de familia gira en torno a esta figura del hijo"*,²¹ pero frente a él existe el *"menor"*, figura de manera diversa aunque convergente en algunos aspectos que a saber son la edad, y los derechos que por ley le corresponden.

En este país en el ámbito del Derecho privado, el menor es aquel que si bien, a alcanzado la consideración de persona humana por cumplir los requisitos del Código Civil, no tiene la plena capacidad por no haber alcanzado la edad en la que la legislación los considera con la suficiente agudeza de juicio como para gobernarse a sí mismo y a su patrimonio con total independencia.

En el Derecho histórico español y por consiguiente de nuestro país, debido a la implantación de la normatividad de éste a nuestra sociedad antigua y sólo mencionándolo a modo ilustrativo, el Fuero Juzgo y el Fuero Real fijaron la mayoría de edad en los veinte años y el Fuero Viejo de Castilla, en la edad aún más temprana de los dieciséis años.

En las Partidas se introdujo la tradición heredada del Derecho Romano y se impuso la mayoría de edad a los 25 años, ésta fue la edad que prevaleció en el Derecho común. Con la aparición del Código Civil, en la

²¹ STILERMAN, Martha N. - *Menores: Tenencia. Excrimen de vistas* - Op. Cit. p. 48.

redacción original del artículo 320, se rebajó a los 23 años, el código de comercio fue más arriesgado e impuso la mayoría de edad en los 21 años, es esta última la que mediante ley del 13 de diciembre de 1943, es instaurada para unificar los diversos sectores del Derecho privado español, tanto civil y mercantil, como común y legislaciones forales.

Actualmente el artículo 12 de la Constitución española de 1978 establece la mayoría de edad en los 18 años, artículo que entró en vigor con antelación a la propia constitución de ese país.

En la actualidad las leyes civiles de España son unificadas por la Constitución de este país, con relación a que en todos los estados y comunidades prevalece el criterio de que los menores, serán considerados como tales hasta cumplir la edad de los 18 años, sin que en tal o cual territorio, situación o materia sea diversa dicha edad.

2.1.2. En el Derecho Internacional.

La niñez en la actualidad ha sido objeto de continuos esfuerzos legislativos en todo el mundo, enfocados hacia el establecimiento de un marco jurídico que recoja y regule su posición en la estructura donde ha de encuadrarse, ya sea en el ámbito familiar en su calidad de hijo o bien, en el ámbito socio-económico-laboral.

Esta continua creación de leyes ha ido desde la comprensión del menor como mero paciente de sus derechos, que son ejercidos en su totalidad por sus representantes legales y considerados incapaces casi absolutamente para actuarlos, hasta su incorporación en el ordenamiento jurídico como auténtico titular de derechos en su más amplio sentido, incrementándose en algunos aspectos de manera notable su capacidad de actuación.

Tal situación nos permite hacer un breve análisis de algunos instrumentos internacionales dirigidos a la protección y cuidado de los menores, específicamente con respecto a lo que en cada uno de ellos se entiende por "*menor*" y si dentro de alguno de ellos se puede encontrar el concepto de este término.

Iniciemos este análisis con la **Declaración de los Principios de los Derechos del Niño** adoptada el 20 de noviembre de 1959, Declaración en la que si bien, no se define ni se señala los lineamientos que nos lleven a considerar una edad precisa para referirnos a un *menor* o a un *niño*, de la misma se deduce que los principios en ella establecidos, van dirigidos a la persona que se encuentra en los primeros años de su vida, considerándola como *niño* y no como *menor*, debido a la falta de disposición precisa respecto de la minoría de edad.

A este respecto el principio 6 de la Declaración, establece únicamente lo siguiente: "...salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre...",²² pero ¿qué debemos entender por "corta edad"?

Anteriormente ya establecimos que mientras una persona alcanza la mayoría de edad, ésta encuentra durante ese transcurso, dos etapas de la vida que son inminentes, la infancia y la adolescencia, por ello es que podemos llegar a concluir que cuando la Declaración dice "corta edad", se refiere a menores infantes que oscilan entre los 0 a los 7 años aproximadamente.

Por su parte la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, misma que entró en vigor en nuestro país el 6 de marzo de 1992,²³ establece dentro de su artículo 4° que ésta dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años, edad a la que se considera que una persona ha alcanzado la mayoría de edad. Esta Convención también refiere a la figura del niño como menor, pero además encontramos que para el caso de la ya analizada Convención sobre los Derechos del Niño la mayoría de

²² RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús - Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA, tomo I - 1ª Edic.- Edit. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1994. p. 122

²³ Cfr.- Diario Oficial de la Federación, 6 de marzo de 1992, Decreto promulgatorio de la Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. p. p. 2-9.

edad se alcanza a los 18 años, por lo que existe un disparidad de edades entre estas dos.

La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias firmada por nuestro país el 15 de julio de 1989, establece en su artículo 2º,²⁴ que se considera *menor* a toda persona que no haya cumplido los 18 años de edad. Respecto de ésta, hacemos las mismas observaciones realizadas para la Convención anterior, con excepción de que para ésta, la edad de los 18 años es la ideal en la que una persona tiene el suficiente criterio para decidir sobre si mismo.

Para la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, firmada también el 15 de julio de 1989 por nuestro país,²⁵ señala de igual manera que la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la edad de los 16 años como mínima para que una persona obtenga la mayoría de edad, según lo señala su artículo 2º, pero encontramos que difiere de la establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño para considerar a una persona menor de edad. Esta Convención

²⁴ Cfr.- PEREZNIETO CASTRO, Leonel.- Derecho Internacional Privado, Parte General. - 7ª Edic.- Edit. Harla, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, UNAM, México, 1998, p. 325.

²⁵ Cfr.- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Coloquio sobre los derechos de la niñez, Derechos de la Niñez. - 1ª Edic.- Edit. UNAM, México, 1993, p. 272.

regula la figura del *niño* en su calidad de *menor*, lo que nos lleva a confirmar que en los ordenamientos jurídicos internacionales como en los de Derecho interno, se observa el mismo criterio, de regular la figura del *niño* como *menor*.

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores,²⁶ establece en su artículo 2° inciso a), que para los efectos de ésta se entenderá por "*menor*", a todo ser humano cuya edad sea inferior a los 18 años, debemos concluir entonces, que en esta Convención la figura de *niño*, está precisada específicamente como "*menor*" y que la edad que este menor debe tener para que pueda serle aplicada la misma, fluctuará de los 0 hasta antes de 18 años.

Dentro del Convenio del Consejo de Europa de Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Custodia de Menores y Restablecimiento de dicha Custodia, adoptado en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, considera a los menores en su artículo 1° inciso a), "*como una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los 16 años de edad*".²⁷ En este Convenio solamente podemos decir que la edad que se requiere para

²⁶ Cfr.- PEREZNIETO CASTRO, Leonel.- Derecho Internacional Privado, Parte General - Op. Cit. p. p. 348-353.

²⁷ VARGAS CABRERA, Bartolomé.- La Protección de Menores en el Ordenamiento Jurídico - Edit. Comares, Granada España, 1994. p. 613.

su aplicación es la inferior a los 16 años como máximo, de la misma forma que en algunas de las convenciones que ya hemos referido.

En la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos, relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la Adopción y la colocación en Hogares de Guarda, en los planos nacional e internacional, no se encuentra algún concepto de lo que debemos de entender por *menor* o *niño*, pero del texto de la misma se infiere, que se refiere al *niño* y no el *menor* como su objetivo central y principal.²⁸

Para la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional del 29 de mayo de 1993 y del que México es Parte desde ese mismo día,²⁹ como su nombre lo señala su objetivo son los menores, dentro de su texto se aprecia, específicamente de su artículo 3° inciso c, que se refiere a niños que no alcancen la edad 18 años, por lo que podemos establecer que el concepto de *menor* y de *niño* son equiparados y regulados en este convenio indistintamente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁸ Cfr.- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús.- Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA, tomo I - Op. Cit. p.p. 125-128.

²⁹ Cfr.- MARINO MENÉNDEZ, Fernando M.- Código sobre protección internacional de la infancia - Edit. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 1998. p.p. 334-343.

2.2. La Custodia.

La *custodia*, figura que como mencionaremos en adelante, constituye para algunos ordenamientos, una institución de carácter principal y para otros, una figura accesoria a la institución de la patria potestad, a la cual se encuentra íntimamente vinculada; sin embargo no podemos perder de vista que en la práctica existen un sin fin de procesos que se encuentran estancados y pendientes de resolución en virtud de que los jueces no encuentran en la normatividad relativa a dicho problema, la guía que les ayude a dictar la solución correcta y en muchas ocasiones, evitar que los problemas existentes entre los progenitores de los menores, acarreen el estancamiento del proceso en perjuicio de los hijos, por ello es que debería existir una normatividad específica tanto a nivel doméstico como en el ámbito internacional, en la que se ponga más atención a este tipo de problemática que va en perjuicio directo de los menores.

El sentido que se le da a la figura de la custodia, es precisamente la guarda de una persona con toda diligencia y cuidado, y se le define como *"el derecho y la obligación que tiene una persona de dar alojamiento y conservar con ella a un menor, o bien, de establecer su residencia en otra parte"*.³⁰

³⁰ PEREZ DUARTE, Alicia Elena.- *Derecho de Familia*- Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 229.

Albert Mayrand señala que la expresión del concepto de *guarda y custodia* del hijo e hija, no aparece en el ordenamiento civil canadiense, sino hasta que éste abandona los conceptos de potestad marital y patria potestad y la misma Alicia Elena Pérez Duarte, manifiesta: *"Esto nos sugiere que la falta de definición en nuestra legislación corresponde aún al periodo en donde estas potestades eran prerrogativas del jefe de familia y su ejercicio dependía exclusivamente de los intereses personales de este; es decir, la falta de definición implica la noción patriarcal de la familia, y por tanto, la sujeción de la mujer y lo hijos e hijas a la voluntad del pater, que aún subyace en nuestra legislación"*.³¹

Hay autores y afamados tratadistas en la materia familiar que ni siquiera mencionan a la *custodia* dentro de sus tratados de Derecho de Familia, como es el caso de Jorge Mario Magallón Ibarra, Rafael Rojina Villegas o Sara Montero Duhalt, mientras Ignacio Galindo Garfias, le concede tres líneas a esta figura en las que sostiene: *"el derecho de guarda y custodia o derecho de vigilancia de la conducta del menor de edad sujeto a patria potestad se vincula a la vez con el deber de educación y con la obligación (y el derecho) del hijo de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido"*.³²

³¹ PEREZ DUARTE, Alicia Elena - *Derecho de Familia* - Op. Cit. p. p. 230 y 231.

³² *Ibidem*.

En tanto Alicia Elena Pérez Duarte continúa diciendo: *"Manuel Chávez Ascencio, es posiblemente el autor que más se ocupa de esta figura; sin embargo, no todos sus comentarios ayudan a la comprensión de la misma, me refiero especialmente a sus comentarios sobre la recuperación de la custodia, como si se tratara de un interdicto para recuperar la posesión, lo cual implica que el niño o niña es un objeto. Es cierto que esta haciendo mención de opiniones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero estas opiniones denigrantes de la niñez deben ser revisadas y criticadas por quienes nos dedicamos al estudio del Derecho de familia".*³³

En la práctica, el ejercicio de la *custodia* implica el cumplir con ciertas obligaciones que son inherentes a la persona que ejerce la *custodia*, siempre en beneficio del menor y entre las que podemos señalar las siguientes:

El cuidado del menor: es el deber que implica el derecho y el deber de educarlo y de vigilarlo, *"la educación es la influencia psíquica con el fin de formar su carácter y espíritu"*,³⁴ procurándoles una formación integral, ello implica además un contacto entre quien ejerce la custodia y el menor,

³³ PÉREZ DUARTE, Alicia Elena.- *Derecho de Familia* - Op. Cit. p. 230 y 231.

³⁴ KIPP, Theodor.- *Tratado de Derecho Civil* - 4.º tomo. *Derecho de Familia II* - 2.ª Edic.- Edit. Bosch, Barcelona, 1979. p. 50.

que ayude a orientarlo en sus comportamientos y que reciba la formación cultural en los centros de educación adecuados para el menor.

La *vigilancia* del menor, se realiza con el fin de evitar que sea causado un peligro al menor de carácter físico o moral, así como también procurar que éste los cometa, además incluye una actitud de interés, de preocupación y de atención de su comportamiento por parte de quien ejerce su custodia.

Dar alimentos al menor es la obligación de quien ejerce la custodia, de procurarles habitación, asistencia sanitaria, higiénica, comida y material necesario para su desenvolvimiento.

Por otra parte, la *custodia* puede ejercerse de diversas maneras y de tal forma, que el menor no se vea tan perjudicado con la manera en que sus progenitores han convenido para ejercerla, mientras ésta sea aprobada por las autoridades familiares como la más conveniente para el menor. Entre estas formas se encuentra el ejercicio de la *custodia de manera alternada*, donde el menor puede vivir sucesivamente y por periodos con cada uno de sus progenitores, así ejercerán de manera alternada los dos la *custodia* y la patria potestad.

Esta forma de ejercer la *custodia* tiene sus ventajas y desventajas; en primer término, el menor vive en contacto directo con ambos padres, aunque sea sólo por periodos y en segundo lugar, esto ayuda a que los menores conserven el buen trato con sus padres y principalmente que no pierdan la confianza en ellos.

Implica también desventajas, *"se le critica porque no ofrece estabilidad moral y material al hijo que debe cambiar periódicamente de hogar, de escuela, de ciudad o país, con grave daño para su formación educacional y su vida de relación, pues le aleja de sus maestros, compañeros y amigos y de las personas que ha logrado conocer en este extraño y raro proceso alternativo de existencia"*.³⁵

En cuanto a la modalidad que en algunos procesos de la llamada *guarda y custodia conjunta o compartida* se observa, los progenitores convienen en quien de ellos debe recaer la misma y obligar al otro a una cooperación en lo posible igual a la que existía antes de la separación, para evitar así que aunque no se le quite la patria potestad, se le excluya casi por completo de su ejercicio. Esta modalidad implica la total voluntad y colaboración de los progenitores.

³⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Coloquio sobre los Derechos de la Niñez. Derechos de la Niñez. - 1ª Edic. - Edit. UNAM, México, 1991. p. 65.

La guarda conjunta tiene como ventaja, que el progenitor que no quedó al cuidado personal del menor, intervenga aun en el ejercicio de las obligaciones inherentes a la patria potestad y no incurra en ese desinterés que ocasionalmente se observa. Así el menor tiene la plena seguridad de que ambos padres estarán y convivirán con él, y resolverán sobre todos los actos y situaciones que le afecten.

De esta manera y una vez que hemos revisado algunas consideraciones acerca de la figura de la *custodia de menores*, tanto en los procesos jurídicos y en su posterior ejercicio por parte de quienes sean designados capaces para ello, abordaremos entonces algunas particularidades dentro de la normativa de algunas naciones que han firmado y ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y que habrá de servirnos de base, para establecer si se cumple o no con las disposiciones previstas en ella o si difieren con el contenido de la misma.

2.2.1. En el Derecho de otros países.

Los diversos ordenamientos existentes en el orbe, regulan nuestra figura en estudio, con diversas acepciones como *"guarda"*, *"tenencia"*, *"cuidado"*, *"quedar a cargo de"*, *"habitar con ellos"*, etcétera y en algunas ocasiones de forma específica, de acuerdo con la materia o institución que reglamentan, pero siempre en atención a la protección de los menores.

Tal es el caso del *ordenamiento civil argentino*³⁶ en donde estas expresiones sirven de base para referirse al deber y derecho emergente de la patria potestad. En este país, la figura se encuentra reglamentada de manera específica dentro de la normatividad que rige a la patria potestad, el divorcio, la separación personal, la adopción y el patronato de Estado.

Tanto en la patria potestad, según los artículos 264, incisos 2° y 5°, 264 bis, 271, 177, 307 incisos 2° del Código Civil, como en el divorcio y la separación personal tal como lo señalan los artículos 296, 207, 231, 236 del Código Civil, los términos "*guarda*" y "*tenencia*", se utilizan de modo indistinto cuando se trata de resolver sobre el conflicto que existe para los progenitores, con relación a la vida cotidiana de los hijos menores.

La expresión "*guarda*", se utiliza para nombrar el requisito exigido por la ley cuando una persona distinta a la de los progenitores pretende adoptar a un menor, imponiéndole ésta, la protección y convivencia con el mismo dentro de un plazo determinado.

³⁶ Cfr.- STILERMAN, Martha N.- Memorias. Op. Cit. p. p. 27-30. Comité de los Derechos del Niño, EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN: Argentina, informe inicial a presentar en 1993 - Documento CRC/C/8/Add.2 p. p. 8, 11, 12, 40-42. Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño. Argentina, del 15 de febrero de 1995 - Documento CRC/C/15/Add.35. p. p. 1-4. LAGOMARSINO, Carlos A. R.- Enciclopedia de Derecho de Familia, tomo III.- Edit. Universidad, Buenos Aires, 1994. p. p. 721 a 724.

La de "tenencia" es la voz que es utilizada respecto de los menores sujetos a la patria potestad, tutela o guarda y que viven con sus progenitores, tutores o guardadores, que son sancionados por el propio ordenamiento civil de este país.

Para los casos de separación de los progenitores por divorcios o separaciones de hecho o, cuando el matrimonio ha sido anulado, se utiliza la palabra "guarda" principalmente cuando los menores se encuentran al cuidado de uno de ellos y se dice que al otro, solamente se le otorga la tenencia pero ambos ejercen de modo preferente la patria potestad.

En Argentina se prevé también una situación que va muy relacionada con el cuidado personal de los menores, específicamente la prevención del abandono por medio de la resolución 1379/69 SFPAC, por la que se crean hogares familiares sustitutos para aquellos casos en que no se puede evitar el abandono y cuida que los menores no caigan en el riesgo de que sean explotados laboralmente o que se deteriore su dignidad, para lo cual son competentes los juzgados de menores, así como en los casos en que la salud, seguridad, educación o moralidad resulte afectada por actos de sus padres, guardadores o terceras personas.

En este orden de ideas, la resolución 345/78 SEMF y la resolución 836/80 del SFAS, promueven la creación de programas de amas externas

en donde la "ama externa", se encarga de tener menores bajo su cuidado en forma transitoria, cuidado que implica atención, cuidado higiénico, alimentación, vestido y traslados a instituciones y servicios asistenciales, este programa también existe para niños de cuidado preferencial, cuestión que sería importante que se planteara en todo el territorio de este país.

*En el Derecho paraguayo dentro del Código del Menor, se resuelve respecto del conflicto existente con respecto a la tenencia de los hijos, en donde el juez de menores decidirá teniendo en cuenta la edad y el interés de ellos y señalará que los menores de cinco años quedarán preferentemente a cargo de la madre.*³⁷

Si surge inconveniente en lo que se refiere a la tenencia o guarda del menor, el juez a solicitud del padre o de la madre, le nombrará un tutor quien atenderá a las necesidades alimentarias y educativas del menor en sustitución de los padres.

Este mismo Libro del Código del Menor, establece la "*Jurisdicción especial de menores*", que tiene a su cargo "*la protección judicial de*

³⁷ Cfr.- STILERMAN, Martha.- Menores Tenencia Régimen de visitas - Op. Cit. p. 188.

menores" ³⁸ y que será ejercida en cada circunscripción judicial por un juzgado en lo tutelar y un juzgado en lo correccional.

Estos juzgados tutelares de menores tienen competencia en todo lo relacionado con la patria potestad, la tenencia de los menores, la designación y la remoción de tutores, las reclamaciones de alimentos de los menores, las relativas a la ayuda parental y a la protección de la maternidad, la adopción de menores y en los casos de guarda, tenencia y colocación familiar de menores entre otras medidas tutelares de la menor edad.

Se establece también en este Código del Menor, una institución que permite a una familia acoger a un menor para alimentarlo, educarlo y asistirlo como si fuera un hijo propio, tal institución es la *Colocación*, la que podrá ser gratuita o remunerada y los juzgados de menores deberán llevar un registro de colocaciones familiares y en caso de que un pariente u otras personas con derecho preferencial, reclamen la tenencia del menor en colocación, el juzgado resolverá sobre el reclamo, siempre en consideración el bienestar del menor. ³⁹

³⁸ STILERMAN, Martha N.- Menores Tenencia Régimen de visitas- Op. Cit., p. 190.

³⁹ Cfr.- *Ibidem*- p. 188.

Al igual que en la legislación de Argentina, en Paraguay se establece en el artículo 254 del Código del Menor la figura del *acogimiento de menores* en instituciones de colocación,⁴⁰ que tienen como finalidad cuidarlos como si fueran hijos propios, sin embargo a pesar de ello, tanto las normas de la *custodia* como la misma Convención en su totalidad no son aplicadas adecuadamente, en virtud de la existencia aún en el Paraguay *"de actitudes autoritarias y la herencia de una infraestructura pública que no da prioridad a las instituciones educativas, sanitarias o de bienestar social"*.⁴¹

En la *legislación civil uruguaya*, se establece en el artículo 167 del Código Civil que en un procedimiento de divorcio, no se citará a sentencia definitiva si antes no se acredita que se ha resuelto la situación de los hijos menores de edad o incapaces, en cuanto a su guarda, régimen de visitas y pensión alimenticia, norma que es aplicable tanto para la separación como para el divorcio.⁴²

Como norma genérica se dispone en el artículo 174 del Código Civil, que salvo motivo grave a juicio del juez, los hijos que tengan menos de cinco años serán confiados a la madre; en cuanto a los que tengan más de

⁴⁰ Cfr.- STILERMAN, Martha N.- *Menores. Tenencia. Régimen de visitas* - Op. Cit. p. 193.

⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 41 DE LA CONVENCIÓN: Paraguay, *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño*, 15º período de sesiones, 18 de junio de 1997.- Documento: CRC/C/15/Add.75. p. 2.

⁴² Cfr.- STILERMAN, Martha N.- *Menores. Tenencia. Régimen de visitas* - Op. Cit. p. 193.

cinco años, el juez proveerá y contemplará las razones que expusieran los padres así como la opinión del ministerio público o fiscal, en tanto que el juez con fundamento en el artículo 175 del mismo ordenamiento, puede resolver no conceder la guarda de los menores a ninguno de sus progenitores, para optar en este caso entre los hermanos mayores de edad, el abuelo paterno, el materno y las abuelas, siempre que se conserven viudas. También el artículo 176 del código en cita, dispone que ambos cónyuges quedan solidariamente obligados al sostén y educación de sus hijos, se prevé expresamente que cualquiera que sea la persona a la que se confien los hijos, el padre y la madre conservan el derecho de vigilar su educación.⁴³

Constitucionalmente en el Uruguay, el derecho de *custodia* está regulado en su artículo 41 en el que se establece que *"el cuidado y educación de los hijos para que estos alcancen su plena capacidad intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres"*,⁴⁴ asimismo la legislación especial en materia de minoridad comprendida en el Código del Niño, retoma el mismo criterio que el de la Constitución y adopta diversas disposiciones encaminadas a evitar la separación del niño de su entorno familiar.

⁴³ Cfr.- STILERMAN, Martha N.- *Menores: Tercería. Exámen de visitas* - Op. Cit. p. 193.

⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN: Uruguay, *Informe inicial a presentar en 1992*, 2 de agosto de 1995, Documenta: CRC/C/3/Add.37, p. 17.

En los *Estados Unidos de América*⁴⁵ por su parte, cada Estado dicta su propia legislación civil, es por ello que se plantean en algunos temas más que en otros, serias dificultades de aplicación; uno de ellos es el que se refiere a la tenencia de menores (*child custody*). Para tratar de evitar estos conflictos jurisdiccionales de competencia, se ha pretendido realizar la unificación sobre tenencia de menores (*Uniform child custody act*), la que ha sido adoptada por un gran número de Estados, entre los que se encuentran Arizona, Georgia, Lousiana, Minesota, Ohio, etcétera, no obstante dicha ley, no ha sido adoptada por la totalidad de los Estados de la Unión Americana.

Al respecto observamos que en la Unión Americana, existe un juicio que se tramita de manera independiente, tratándose de la custodia de un menor, figura que es considerada en este país como independiente a la patria potestad.

Los propósitos de la referida ley denominada Ley Uniforme sobre Tenencia de Menores, expone que se trata de evitar en primer lugar los problemas que en el pasado causarán los conflictos de competencia entre los Estados en los asuntos de tenencia de menores y promover la cooperación de los tribunales de los mismos, para los efectos de que aquel que intervenga sea el que está en mejores condiciones de decidirlos, en

⁴⁵ Cfr.- STILERMAN, Martha N.- Menores: Tenencia. Régimen de visitas- Op. Cit. p. 201-205.

consideración de lo que es más benéfico para el menor. Lo anterior requiere que el juicio se lleve a cabo en el Estado con el que el menor y su familia tengan conexión más próxima y donde presumiblemente se disponga de la prueba, de la misma forma se busca dar mayor estabilidad al régimen de custodia y evitar traslados unilaterales de los menores destinados a obtener su tenencia.

Uno de los más graves problemas a los que se pueden enfrentar los menores dentro de un juicio en el que se decide la tenencia de éstos, según este ordenamiento, es el de enfrentarse a más de un litigio en Estados diferentes, -lo que esta ley trata de evitar en lo posible-, asimismo facilita el cumplimiento de sentencias de custodia de menores dictadas en distintos Estados; situación que consideramos, además de prever una inestabilidad tanto personal como física de los menores, se produce una celeridad en los juicios que por estas situaciones pueden retardarse y alargarse en perjuicio del menor.

2.2.2. En el Derecho Internacional.

Una vez que hemos planteado los criterios legislativos de los ordenamientos internos de algunos Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, corresponde ahora analizar lo que establece el Derecho Internacional al respecto, dentro de los acuerdos dirigidos a la

protección de los menores por los organismos que tienen como finalidad la promoción, protección y vigilancia de los derechos de los menores.

El 20 de noviembre de 1959 fue adoptada la **Declaración de los Derechos del Niño**, misma que se realizó en base a que las Naciones Unidas proclamaron en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciadas en ella, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra índole, además de considerar que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento.

Esta Declaración señala en su principio número 6 lo siguiente: *"El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales no debería separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades*

públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia...".⁴⁶

En este orden de ideas, quisiéramos mencionar lo que estipula la **Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores**, firmada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional privado en Montevideo Uruguay, celebrada del 9 al 15 de julio de 1989.

Esta Convención tiene como objeto entre otros, hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de *custodia o guarda* por parte de sus titulares, a pesar de ser escasos los preceptos dedicados a este aspecto. El artículo 3° de la misma señala:

"Para los efectos de esta Convención; el derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en general el de decidir su lugar de residencia;..."⁴⁷

Por otra parte el **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**, publicado el 6 de marzo de

⁴⁶ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús.- Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA, tomo I - Op. Cit. p. 122.

⁴⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.- Coloquio sobre los Derechos de la Niñez, Derechos de la Niñez - Op. Cit. p. 261.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1992 en el Diario Oficial de la Federación, el cual se celebra por la preocupación de los Estados participantes, de buscar la protección de los menores en todas las cuestiones relativas a su custodia, así como de protegerlos en el plano internacional de los efectos perjudiciales ocasionados por un traslado o retención ilícita y establece los procedimientos que garanticen su restitución de forma inmediata de éste a su país de residencia habitual.

Esta Convención señala en su artículo 5° inciso a), que el *"derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia"*.⁴⁸

Igualmente la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la Adopción y la colocación en Hogares de Guarda, en los planos nacional e internacional, que tiene como principal objetivo la protección de los menores que no pueden ser cuidados por sus padres, ante lo cual deben ser cuidados por otras personas, ya sean los familiares de sus padres, otras familias o bien por una institución apropiada, llamada por esta Declaración como hogares de guarda.

⁴⁸ Diario Oficial de la Federación, 6 de marzo de 1992, Decreto promulgatorio de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, p. 3.

Esta Declaración no nos da la definición precisa de lo que para ésta se considera la "guarda", pero de su artículo 4° se deduce que su ejercicio, comprende el cuidado de la persona del menor y si lo complementamos con lo señalado por el artículo 5°, podemos desprender que el ejercicio de guarda también comprende el derecho del menor de recibir afecto, su derecho a la seguridad y al cuidado continuado;⁴⁹ lo anterior no quiere decir que sean los únicos deberes correspondientes a las personas que tienen el cuidado de estos, sino que además debe comprender el derecho a su educación y a su vigilancia entre otros.

2.3. El interés superior del menor y el respeto a la opinión del menor.

El *interés superior del menor* surge en el Derecho como un concepto que busca principalmente la protección, aseguramiento y vigilancia de todo aquello que pueda ser benéfico para los menores de edad, pretende construir un marco jurídico que equilibre la postura de las personas adultas y de los menores, situación que como apreciaremos en adelante, dentro de los ordenamientos jurídicos de diversas naciones que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, revelan cierta inclinación hacia aquellos seres considerados capaces tanto de goce como de ejercicio y

⁴⁹ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús - Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA, tomo I - Op. Cit. p. 126.

establecen criterios, que rayan en lo obsoleto y que muestran en muchas ocasiones, un trato hacia el menor equiparándolo a la acepción de "cosas".

Como efecto inmediato de la Convención sobre los Derechos del Niño, aparece en los sistemas jurídicos el concepto del *interés superior del menor*, el cual implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones relacionadas con esta etapa de la vida humana, tendrán que realizarse de tal manera que en primer término, se busque el beneficio directo del menor a quien van dirigidas.

En este panorama la aparición del concepto *interés superior del menor*, supedita con mayor claridad los derechos que las personas adultas pudieran tener sobre un menor, el deber de atenderlos y cuidarlos, el deber de buscar siempre el mayor beneficio posible para ellos como un imperativo de la comunidad hacia las personas que ejercen la patria potestad. Con ello la función social es ahora explícitamente de orden público e interés social.

Se dice que el *interés superior del menor* es un imperativo de tipo social, en virtud de que el interés social, está constituido por una normatividad que corresponde cumplirla y acatarla a todas las personas integrantes de una sociedad, para su bienestar y para su buena y saludable convivencia, siempre y cuando ese orden jurídico sea promocionado por las autoridades y órganos de gobierno dedicados precisamente a su protección.

Por otro lado el *interés superior de los menores*, no debe utilizarse de forma exagerada, pues al contrario, puede producir en el menor una situación de excesivo control que contribuya a que el menor se sienta sobreprotegido, lo que podría traer como consecuencia graves desequilibrios emocionales en él.

"Al respecto Bonnard sostiene que:

"El interés del menor puede ser visto desde un concepto tradicional, que lo considera como una persona protegida, o desde un punto de vista moderno, a través del cual se visualiza como una persona autónoma. La primera forma es difícilmente conciliable con las necesidades de autonomía del adolescente cuyo interés es de ser ayudado a adquirir, paso a paso, su identidad como persona adulta autónoma, reconociéndole derechos y libertades que pueda ejercer por sí mismo".⁵⁰

A la par del principio del *interés superior del menor* y de manera muy significativa, existe otro principio igualmente importante, que a nuestro parecer debe ser considerado como un elemento básico a tomar en cuenta por nuestros legisladores, juristas y por la sociedad en general, al pretender aplicar y hacer valer el *interés superior del menor*, tal principio es el llamado

⁵⁰ PEREZ DUARTE, Alicia Elena - Derecho de Familia - Op. Cit. p. 359.

por la misma Convención sobre los Derechos del Niño como el *"respeto a la opinión del menor"*.

El pretender que a este principio de la *opinión del menor* se le otorgue la debida importancia, nace desde el momento en que al buscar y analizar nuestros ordenamientos en materia civil, específicamente en relación con el apartado de las relaciones paterno-filiales, nos encontramos ante un ordenamiento que omite el tomar en cuenta y respetar la opinión del menor, a pesar de que dentro del mismo, se regulan cuestiones que en el mundo fáctico afectan directamente sus intereses.

Ante dicha situación y si hablamos de buscar el máximo beneficio posible para los menores en atención al propio principio del *interés superior del menor*, es preciso señalar que deben realizarse, aplicarse y fomentarse políticas y programas tendientes a la promoción y protección de los derechos inherentes a la niñez, con la finalidad de que estos alcancen un pleno y armonioso desarrollo, que permitan tengan la intervención y participación que se requiere en el plano social a nivel mundial, participación que bien implementada, puede proporcionar elementos que ayuden a fortalecer y enriquecer de manera indirecta el marco legal de los menores, ya que con sus opiniones podemos saber sus necesidades, que quizá no sean primordiales pero que nos den la idea de sus requerimientos.

Opinión, según el Diccionario Inverso Ilustrado significa: *"Juicio o concepto que se tiene acerca de alguien o de algo. Pensamiento, dictamen, criterio."*⁵¹

Opinar, según el mismo diccionario, significa *"Discurrir sobre las probabilidades, razones o conjeturas referentes a la verdad de una cosa"*.⁵²

Con base en lo anterior es preciso que dicha participación se prevea desde la primera infancia del menor en todas aquellas cuestiones concernientes a él, así como en todos los ámbitos y materias; participación que debe además promoverse por la sociedad con la inclusión de profesores, familiares y principalmente de las autoridades y organismos jurisdiccionales.

La cuestión de si debe o no ser tomada en cuenta la opinión del menor, tiene que ver en primer término con el asunto de que se trate y a partir del cual, se está requiriendo la opinión de éste; en segundo lugar, se debe tomar muy en cuenta la madurez intelectual del mismo, así la importancia que su opinión puede alcanzar dentro de los procesos de custodia de menores, promoverá que se tomen también en cuenta algunas

⁵¹ Diccionario Inverso Ilustrado. *De la idea aproximada a la palabra precisa*. - 1° Edic.- Edit. Foesler's Digest México, México, 1992. p. 486.

⁵² *Ibidem* p. 486.

cuestiones a él inherentes, por parte de los órganos encargados de impartir la justicia y de dictar las resoluciones y que de alguna manera, deben ser valoradas para así poder determinar el grado de atención y de probidad que debe darse a dicha opinión, en relación directa con el *interés superior del menor*, por lo que al respecto se señalan las siguientes:⁵³

Edad del menor. Aún cuando no pueda establecerse una división estricta con relación a la edad, es dable presumir que a mayor edad se adquiere mayor capacidad de objetividad y discernimiento, lo que permite considerar que la opinión emitida se sustenta en un criterio objetivo, que ha sido evaluada y no dada en forma caprichosa.

Se considera que el menor tiene ya desde los siete u ocho años, juicio de la realidad y que alrededor de los doce años ha adquirido capacidad de simbolización, indudablemente la edad determinará el modo de preguntar al menor.

Como ejemplo de ello, exponemos los casos de custodia y de designación de un simple régimen de visitas, en los cuales el criterio de apreciación es menos estricto cuando se trata de establecer un régimen de visitas que cuando conduce a determinar la custodia, ya que en éste último

⁵³ Cfr.- STILLERMAN, Martha N.- Menores: Tenencia. Régimen de visitas. - Op. Cit. p. p. 72-73

supuesto se requiere una mayor edad para comprender que un padre más permisivo y menos controlador de las actividades del menor, no siempre es la opción más adecuada a una edad en la que no se ha alcanzado la plena madurez emocional y se carece de la experiencia que da la vida.

En este sentido, la opinión del menor es tomada en cuenta por los padres con mayor frecuencia, con la finalidad de lograr acordar su custodia cuando éste se acerca a la mayoría de edad, esto es así en razón de que a cierta edad el mayor contacto con el menor no está determinado por el hecho de ejercer su custodia, sino por el establecimiento de una buena relación con él y la renuncia del otro progenitor, se da en razón del propio beneficio del menor.

Las relaciones del menor con la nueva familia del progenitor. La relación del menor con el entorno del progenitor, tiene importancia cuando se trata de resolver una cuestión concerniente al menor, ya que ese ha de ser el contexto y el lugar en el que deberá vivir. Esta relación decrece en significación cuando el progenitor con el cual ha de convivir el menor, mantiene una relación afectuosa con otra persona o bien, cuando este progenitor habita con una nueva familia.

Este criterio se interrelaciona con lo expresado en el punto anterior, ya que si el rechazo de la nueva familia del progenitor hacia el

menor es muy marcado, resultará procedente tomar en cuenta su opinión, aunque se trate de un menor de corta edad.

Autenticidad de la opinión. Este punto se relaciona íntimamente con los dos anteriores, ya que resulta importante constatar que le pertenezca al menor la opinión por él emitida, a efectos de descartar toda posible influencia de uno de los progenitores con el objeto de ganar su preferencia, esta opinión ha de considerarse en forma muy especial, ya que la preferencia del menor no debe estar basada en un menor control sobre sus actividades y que por significar menores restricciones y exigencias, haga que le parezca una situación más deseable, en particular cuando se trata de determinar la persona que ha de tener su custodia y su lugar de vida.

La opinión del menor no ha de ser desmerecida ni sobre valorada, ya que no se debe perder de vista que toda resolución que le concierna a los menores *"...debe dictarse teniendo en cuenta fundamentalmente el interés de los menores..."*⁵⁴

Sin lugar a dudas la opinión del menor aunque haya de ser tomada en cuenta, no puede tener fuerza vinculante sobre la decisión judicial. La misma, al igual que toda otra prueba, deberá ser valorada a la luz

⁵⁴ STILERMAN, Martha N.- Menores: Tenencia Régimen de visitas.-Op. Cit. p. 75.

de la sana crítica y contribuirá en mayor o menor proporción, a formar la convicción del juez respecto de la conveniencia de adoptar una u otra decisión.

La opinión del menor adquiere gran importancia cuando existen problemas en la convivencia de los progenitores, los que pueden no ser del conocimiento de los testigos en un juicio, por tratarse de situaciones que sólo se manifiestan dentro de la intimidad del hogar.

Situaciones extremas como el abuso sexual del menor, el abandono o los maltratos físicos o psíquicos cuando no dejan huellas, sólo pueden surgir en una conversación personal del menor con el juez o cuando por la edad del menor, esto no resulte aconsejable, de la conversación sin testigos del menor con el asistente social, cuyo informe sustentará tal opinión.

Sin lugar a duda, la opinión del menor debe ser tomada en consideración por los juzgadores como medio probatorio para resolver las cuestiones inherentes a nuestros menores, pero encontramos que el problema subsiste desde el momento en que los legisladores han omitido darle a éste principio la importancia que merece en las leyes, situación que impide a los juristas concederle tal carácter, por lo que a consideración propia, es una cuestión que debe ser revisada y debidamente analizada para

ser incluida en los ordenamientos adecuados para que reflejen los beneficios a los que atiende el *interés superior del menor*, en los asuntos que impliquen la participación de los menores.

El principio de la *opinión del menor* es un elemento que hasta hoy tiene una muy pobre intervención dentro de nuestras legislaciones de menores, inclusión que al igual que el *interés superior del menor*, con el que tiene relación directa, ha venido introduciéndose en ellas a raíz de la celebración de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año de 1989.

2.3.1. En el Derecho de otros países.

La importancia del principio del *interés superior del menor* en la actualidad, ha tomado y alcanzado proporciones considerables a raíz de su inclusión dentro de la Convención sobre los Derechos de los Niños, debido a que ésta ha sido ratificada por un sin número de países de todos los continentes, aunado a ello, tenemos que resaltar la importancia que a nivel mundial debe igualmente otorgarse a la opinión del menor como prioridad, ambos son dos principios que a pesar de que deben de ser tomados a consideración dentro de todos los ámbitos referentes a los menores de edad, hoy en día todavía subsisten situaciones en las que no son respetados, es por ello que a continuación, se revisará la normatividad de algunas naciones

firmantes de la Convención para establecer la situación en éstas, respecto de dichos principios.

Tal es el caso de la regulación de España,⁵⁵ que incluye el principio del *interés superior del menor* en su reforma a la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero, que versa sobre la Protección Jurídica del Menor, así como en Andalucía con el proyecto de Ley del Menor aprobado por el Consejo de Gobierno.

Los antecedentes más próximos de esta Ley del Menor y en las que ya aparecía recogido el principio del *interés superior del menor*, se encontraban la Ley del 13 de mayo de 1981 que reforma la patria potestad, la Ley 13/83 de 24 de octubre que modificó el Código Civil en materia de Tutela, la Ley 21/1987 de 11 de noviembre que reforma el Código Civil en materia de adopción, tutela y otras formas de protección de menores.

Al mismo tiempo que el principio del *interés superior del menor* era recogido en los artículos de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero y en el Código Civil español, comienza a aparecer el principio de la opinión del menor en sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, con fundamento en la propia Constitución española y en los convenios

⁵⁵ Cfr.- Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía.- Protección Jurídica del Menor.- Edit. Granada, 1997. p. 230.

internacionales, proponiéndose dicho principio como principal criterio de interpretación.

Dentro de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, se recoge como principio general, que toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta *el interés del menor*, lo que posteriormente en el artículo 2 se vuelve a recoger dentro de los Principios Generales, al establecerse que en la aplicación de la ley *primará el interés superior de los menores* sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera ocurrir, mismo que es consagrado ya dentro de la Constitución española, éste no solo se resume en una sola frase, sino que adquiere como principio general, una mayor autoridad como informador de la interpretación y aplicación de las normas que le afectan.

Retomamos por ello, lo que la Profesora Eulalia Moreno Trujillo señala, al referir a Iglesias Redondo cuando dice que: *"la proclamación de este principio, no significa el otorgamiento de una condición de gracia, de un favor minoris hacia un sujeto diferente y débil, no intenta otorgar al menor una protección paternalista, sino que recoge la existencia del cumplimiento por parte de los poderes públicos de promover la libertad e igualdad de todos los individuos, como mandato constitucionalmente reconocido, es*

decir, la realización de los derechos constitucionales de los que es titular el menor, en su condición de ciudadano".⁵⁶

La existencia y reconocimiento de este principio dentro de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, en el artículo 2 de la misma, va a condicionar en el ámbito de las actuaciones de protección del menor, la constitución judicial del acogimiento familiar; la reinserción del menor en la propia familia junto con la necesidad de que la guarda de los hermanos, sea ostentada por una misma persona o institución; el derecho-obligación de los padres de visitar a los hijos y relacionarse con ellos; la procedencia del nombramiento de tutor y de la adopción del menor, exigiéndose en todas las actuaciones un mayor ámbito de reserva y secreto al preservar un alto grado de intimidad en atención al mejor beneficio del menor.

Por otra parte el ordenamiento español estipula el respeto que debe tenerse con relación a la opinión del menor, incluyéndolo en diversas disposiciones en materia civil y penal, dentro de las cuales mencionamos las siguientes:

- En el ejercicio de las funciones parentales, "los hijos deben ser oídos siempre antes de adoptar las decisiones que les afecten" (artículo 154 del Código Civil);

⁵⁶ Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía - Protección Jurídica del Menor - Op. Cit. p. 51.

- La solicitud de autorización judicial del padre o la madre, para enajenar los bienes del menor debe ir firmada por el mayor de 12 años (artículo 2012 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
- Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos en los procesos de nulidad, separación o divorcio, deben ser adoptadas tras oírlos, si tienen suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años (artículo 92 del Código Civil).
- El mayor de 12 años debe prestar su consentimiento para ser acogido en una familia o adoptado (artículos 173 y 177 del Código Civil);
- el menor de 12 años debe ser oído por el juez, si tiene suficiente juicio, en el proceso de adopción (artículo 177 del Código Civil).
- El menor de edad puede solicitar directamente al juez la cesación del acogimiento (artículo 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
- El juez dictará a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, medidas cautelares convenientes para asegurar la prestación de los alimentos, disposiciones para evitar a los hijos perturbaciones en los cambios de titular de la patria potestad o de la guarda (artículo 158 del Código Civil).⁵⁷

En cuanto al acceso a la justicia, los españoles pueden ser parte de los procesos judiciales desde que nacen, pero no pueden comparecer a juicio por sí solos, a menos de que se trate de menores emancipados, por lo

⁵⁷ Cfr.- Comité de los Derechos del Niño, EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN: España, Informe inicial a presentar en 1993- Documento CRC/C/8/Add.6. p. 38.

que deben de encontrarse legalmente representados. Sin embargo, existen casos en que el juez permite que un menor pueda comparecer a juicio, cuando sus padres o quienes ostentan su patria potestad, se oponen a representarlo, o bien cuando estos se encuentran ausentes.

La legislación española prevé disposiciones que van encaminadas a dar cumplimiento al principio del *respeto a la opinión del menor*, establecido por la Convención en su artículo 12°, ya en materia civil ya en materia penal, por ello da a los menores la posibilidad de expresar sus puntos de vista en lo que respecta a lo que estos consideran según su juicio y edad, su mejor beneficio.

El artículo 92 del Código Civil español, señala que en los procesos jurídicos de nulidad de matrimonio, separación o divorcio, las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los menores, únicamente serán dictadas después de haberlos oído, siempre y cuando tengan suficiente juicio y sean mayores de 12 años.

En la legislación chilena, los principios del *interés superior del menor* y el *respeto a la opinión del menor* establecidos en la Convención, forman parte de su normatividad una vez que este país la hubo ratificado, ya que la Convención, según el artículo 5° de su Constitución, posee rango constitucional debido a lo cual, sus disposiciones son incorporadas a las

garantías consagradas por ésta, a pesar de que los principios no se encuentran consagrados de manera expresa dentro de esta legislación.⁵⁸

Por otro lado las propuestas y desarrollo de políticas públicas dirigidas a la protección de la infancia, establecen de manera importante ambos principios, manifestándose también en las iniciativas legislativas que tienden a mejorar la situación jurídica de la infancia, como son el proyecto que modifica la Ley de Adopción; el proyecto de Ley sobre el Maltrato Infantil, que sanciona a quienes maltraten a menores de 18 años y establece medidas rehabilitadoras y de protección a las víctimas; el proyecto de Ley sobre Violencia Intrafamiliar; el proyecto de Ley que crea los tribunales vecinales, que procura dar a todas las personas acceso a la justicia; entre muchos otros proyectos.⁵⁹

Dentro del Código Civil chileno, se refleja el avance que el principio del *interés superior del menor* ha tenido en las cuestiones que le afectan al menor en materia civil, es así que en su Título IX consagra *los derechos y obligaciones de los padres y los hijos legítimos*, así como en el Título XIII *De las obligaciones y derechos entre los padres y los hijos naturales*, se señalan algunos de los preceptos que con respecto al cuidado personal de los hijos, la crianza y educación, así como la obligación de velar por la

⁵⁸ Cfr.- Comité de los Derechos del Niño, Chile, *Informe inicial a presentar en 1993*. - Op. Cit. p. 21.

⁵⁹ Cfr.- *Ibidem*. p. p. 11 y 12.

profesión futura de los hijos, todo en virtud del mejor *interés del menor*; asimismo el Código Civil y la Ley 16618, contienen normas que favorecen en caso de conflicto entre los padres la unidad familiar, en beneficio del menor, con respecto a la salida de los menores del país, la ley contempla normas especiales para evitar su traslado de manera ilegal por parte de uno de sus progenitores o bien por sus familiares o terceros.⁶⁰

Referente al *respeto de la opinión del menor*, la Constitución chilena en su artículo 19, garantiza a todas las personas -incluidos los niños,- el derecho a emitir libremente su opinión sin censura previa,⁶¹ por lo que es dable presumir que debido a ello debe ser tomado en cuenta dentro de la normatividad procesal civil de dicho Estado Parte y tener así la exacta aplicación del mismo y por consiguiente de la Convención, misma que señala que la *opinión de los menores* sea respetada en base a su edad, madurez y juicio propio, por lo que el hecho de que su opinión no sea respetada, valorada y tomada en cuenta, implicará una violación al Derecho Internacional y a los Derechos Humanos de los menores.

Por otro lado *en Cuba* hacia el año de 1995, había una casi nula existencia dentro de la legislación civil, respecto del concepto del *interés superior del menor*, sin embargo dentro de su normatividad en materia de

⁶⁰ Cfr.- Comité de los Derechos del Niño, Chile, Informe inicial a presentar en 1993 - Op. Cit. p. 24.

⁶¹ Cfr.- *Ibidem*. p. 23.

educación "aparece refrendado en las resoluciones y reglamentos y su articulado define la responsabilidad de organización, dirigidas y sistematizadas de la educación de los niños y su formación física, moral, intelectual, refrendado en las Tesis y Resoluciones sobre la niñez y la juventud del primer congreso del Partido Comunista de Cuba y ratificado en los congresos posteriores".⁶²

La Constitución cubana y el Código de la Familia, regula las relaciones entre padres e hijos en el contexto de la familia y la sociedad, las responsabilidades de los padres están refrendadas en el Código de la Familia, dentro de la Constitución de la República, la familia está reconocida como la célula fundamental de la sociedad y plantea el deber de los padres de dar alimentos y asistencia a los hijos, procurar la satisfacción de sus intereses y contribuir activamente a su formación y desarrollo, en ella también se garantiza que en Cuba, no habrá menor que no tenga escuela, alimentación y vestido. En el artículo 40, se dispone que la niñez y la juventud, disfrutaran de particular protección por parte del Estado y la sociedad. Los casos de menores abandonados o sin familiar alguno, serán atendidos por el Estado.⁶³

⁶² Comité de los Derechos del Niño: EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN. Cuba. Informe inicial a presentar en 1993. - Documento CRC/C/8/Add.31 p. 15.

⁶³ Cfr.- Comité de los Derechos del Niño.- Cuba. Informe inicial a presentar en 1993. - Op. Cit. p. 18.

A pesar de las escasas disposiciones dirigidas a la protección y búsqueda del bienestar de los menores, la legislación civil cubana demuestra grandes carencias con relación a la inclusión en la misma de los principios en análisis, por ello es que el 18 de junio de 1997, el Comité de los Derechos del Niño en su 15° periodo de sesiones sugiere y recomienda a la República de Cuba a que emprenda un examen de su legislación nacional a fin de incluir en ella, los principios tanto del *interés superior del menor* como de los demás principios inmersos en la Convención sobre los Derechos del Niño, encontrándose entre ellos el del *respeto a la opinión del menor* y de esta manera, se vean reflejados dentro de las políticas y actividades nacionales, sobre todo en su práctica, todo ello con la finalidad de proporcionar la protección debida a los menores. Recomienda también, que tales principios deben de constituir el marco para la elaboración y aplicación de políticas, en todos los ámbitos que afecten al menor por parte de las instituciones de asistencia social, las autoridades administrativas o bien, los órganos legislativos.⁶⁴

El ordenamiento de la República Federal de Alemania, ha buscado adoptar dentro de su legislación nacional, desde la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, la totalidad de los principios

⁶⁴ Cfr.- Comité de los Derechos del Niño; EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN: Cuba. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño- Documento CRC/C/15/Add.72

consagrados en ella, asimismo ha procurado su observancia e inclusión dentro de esta normalidad en la forma en que lo estipula la propia Convención.

En relación con el *interés superior del menor*, la República Federal de Alemania ha señalado que al igual que se debe de considerar como primordial este principio, es menester que deba también considerarse el interés de las demás Partes afectadas; o bien, valorarse de manera igualitaria, pues existe la posibilidad de que el interés de esta otra parte, por ejemplo el interés de la madre en caso de complicación médica durante el parto tenga mayor prioridad, por lo que dentro de la Ley de Servicios para la Infancia y la Juventud en su artículo 1°, se establecen disposiciones que apoyan la aplicación de este principio, apoyándose en la garantía constitucional señalada en la primera oración del párrafo 2 del artículo 6 de la Ley Fundamental.⁶⁵

En torno al principio del respeto a la *opinión del menor*, en Alemania se señala que éste solo puede aplicarse a los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio, este derecho está garantizado en

⁶⁵ Cfr.- Comité de los Derechos del Niño, EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN: Alemania, Informe inicial a presentar en 1994.- Documentos CRC/C/11/Add.5, p. 12.

su Ley Fundamental como un derecho básico dentro del párrafo 1 del artículo 103.⁶⁶

En este orden de ideas, el artículo 1671 del Código Civil alemán, refiere los criterios para determinar en caso de divorcio, a cual de los padres se otorgará la guarda de un hijo y establece como principio, que el tribunal estará obligado a decidir de conformidad con una propuesta mutuamente acordada entre los padres y sólo podrá ser apartada esta propuesta si así lo exige el bienestar del menor, pero sí el menor ha cumplido 14 años y hace una propuesta diferente, el tribunal decidirá cual es la mejor que permite atender al *interés superior del menor*.⁶⁷

Con relación a si los niños pueden o no ser escuchados directamente en los juicios administrativos o judiciales, en la República Federal Alemana, dentro de su artículo 50 inciso b) de la Ley de Procedimientos Judiciales no Contenciosos, se señala que el menor debe ser escuchado personalmente. Si el menor es parte o participa en un procedimiento judicial o administrativo, puede expresar su opinión por medio de representante legal,⁶⁸ pero un menor que haya cumplido los 14 años de

⁶⁶ Cfr.- Comité de los Derechos del Niño - Alemania, Informe inicial a presentar en 1994 - Op. Cit. p. 23.

⁶⁷ Cfr.- *Ibidem* - p. 13.

⁶⁸ Cfr.- *Ibidem* - p. 14.

edad y no sea legalmente incapaz, deberá ser *siempre* oído en estos procedimientos.

La legislación del país de Singapur también se pronuncia al respecto de los principios y establece, que la autoridad de los padres, los maestros y otras personas a quienes se confié el cuidado de los menores, deberá realizarse en pro del *interés superior del menor* de conformidad con las costumbres, los valores y las religiones de las sociedades multirraciales, en relación con el lugar que corresponde al menor, dentro y fuera de la familia.⁶⁹

En el Derecho italiano todas las instituciones que tienen como finalidad la observancia de los derechos inherentes a los menores, son interpretadas y orientadas de tal manera que garanticen el derecho fundamental y el *interés superior* de todo menor a ser educado en el ámbito familiar; así en el Derecho de Familia de Italia, se ha reconocido expresamente el principio de que se debe prestar una atención primordial a la tutela de los derechos de los menores, intensificando los esfuerzos para ampliar las actividades de asistencia, mediante la formulación de una

⁶⁹ Cfr.- Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas.- Reservas, Declaraciones y Objeciones relativas a la Convención sobre los Derechos del Niño- Documento CRC/C/2/Rev.8; 7 de diciembre de 1999.

reglamentación más precisa, la que es guiada en todo momento por el principio del *interés superior del menor*.

Con relación a la institución de la *patria potestad*, ésta es ejercida por ambos progenitores pero en caso de desacuerdo, un juez es quien decidirá respecto de dicha cuestión y tomará las decisiones que le parezcan más apropiadas en interés de los menores y de la unidad familiar.

En el caso en que la conducta de uno de los progenitores sea perjudicial para el menor, el juez puede adoptar medidas apropiadas en beneficio del mismo y decidir, si se debe retirar al menor de la residencia familiar en atención al *mejor interés del menor*; por otro lado, la institución de la adopción es el último recurso que se aplica, cuando se han agotado todos los recursos jurídicos que busquen asegurar una buena relación de afecto dentro de la familia, también en busca del mejor beneficio para el menor.

**Con ello cambia el enfoque de todas las instituciones familiares. Ahora priva el interés de la niñez ahí en donde antes existía la preocupación por los adultos y adultas. En el caso específico de la adopción, cuyo móvil primario siempre fue el de dar hijos o hijas a las parejas estériles que así lo*

desearan, ahora está en primerísimo lugar el interés de la infancia desvalida.⁷⁰

En la reglamentación italiana, en cuanto al respeto que se debe dar a la participación y a *la opinión* de los menores con relación a las situaciones que les afecten, se han dictado diversas disposiciones que se refieren directamente a la aplicación de este principio, de esta forma se ofrece la posibilidad de que los niños promuevan directamente iniciativas judiciales cuando se hallan en juego sus intereses, como por ejemplo:

- El artículo 321 del Código Civil, reconoce a los menores el derecho de dirigirse directamente a la autoridad judicial para iniciar acciones que le interesan;
- El artículo 120 del Código Penal, reconoce a los niños el derecho de presentar una denuncia en caso de infracción penal cometida en perjuicio suyo.
- En los casos de divorcio o separación de los padres, con relación a la guarda de los hijos y a la contribución de los gastos de manutención, el Juez ordenara si lo considera necesario, que se escuche a los hijos sin la presencia de los padres (artículo 155 del Código Civil y artículo 6, párrafo 9 de la Ley 898 del 1° de diciembre de 1970).

⁷⁰ TAMES PEÑA, Beatriz, El Menor en el Contexto del Derecho Familiar y los Derechos Humanos-Op. Cit. p. 21.

- En los procesos de colocación familiar, serán escuchados los niños de 12 años cumplidos o de ser necesario más jóvenes (artículo 4 de la Ley 184 del 4 de mayo de 1983).
- En los casos de adopción se deben escuchar a los menores de 12 años cumplidos personalmente, y el menor de 14 años cumplidos debe dar su consentimiento para su adopción (artículo 7 de la Ley 184 del 4 de mayo de 1983).
- En los casos de reconocimientos de los hijos naturales, el juez debe escuchar al menor, a fin de determinar si el reconocimiento es conforme al interés del menor (artículo 250 del Código Civil).
- En los casos de interrupción voluntaria del embarazo, de una mujer menor de edad, esta deberá ser escuchada por las autoridades competentes (artículo 4 y 22, de la Ley 194 del 22 de mayo de 1978).
- En materia penal, la audiencia de un testigo menor de edad ordenada por el tribunal, si no atenta contra su serenidad, estará a cargo del presidente del mismo, quien podrá ordenar que la audiencia se realice a puerta cerrada (artículo 472 del Código de Procedimiento Penal).⁷¹

Sin embargo en todas las cuestiones jurídicas y judiciales de carácter civil, los menores son representados por los padres quienes ejercen la patria potestad sobre ellos, según el artículo 320 del Código Civil, pero en caso de conflicto de intereses entre los padres y el hijo, el juez a solicitud del

⁷¹ Cfr.- Comité de los Derechos del Niño, EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN: Italia. Informe inicial a presentar en 1993.- Documento: CRC/C/8/Add.18. p. p. 18, 19 y 20.

propio menor, de los padres o del Ministerio Público designará un curador especial para que realice acciones a favor del menor, según el artículo 321 del Código Civil.⁷²

2.3.2. En el Derecho Internacional.

Comencemos por resaltar que el reconocimiento y la protección jurídico-positiva de los derechos fundamentales, ha arrancado de una toma de conciencia de la existencia de esa necesidad por parte del hombre, esto también ha ocurrido con los derechos fundamentales del menor, en especial con respecto del *principio del interés superior del menor*, más sin embargo, hay que señalar que durante mucho tiempo en las sociedades, la concepción autoritaria tradicional de las relaciones familiares ha impedido emerger la noción del *interés superior del menor* frente a la noción de protección de la familia, estructura base de la sociedad.

Aunado a este principio, se encuentra otro igualmente importante e imprescindible al momento de buscar la solución a los problemas en que se ve afectado un menor, el principio del respeto que se debe dar a la *opinión de los menores*, que a la par con el del *interés superior* constituyen dos guías que conducen a las autoridades e instituciones a una específica

⁷² Cfr.- Comité de los Derechos del Niño.- Italia. Informe Inicial a presentar en 1993.- Op. Cit. p. p. 18 y 19.

aplicación de las normas, tal y como se ha pretendido con la inclusión de éstos dentro de los ordenamientos dirigidos a la protección y bienestar de los menores.

El embrión de su formulación puede apreciarse desde el primer instrumento relacionado con los derechos del menor, denominado Declaración de los Derechos del Niño o Declaración de Ginebra, adoptado por la Sociedad de las Naciones en 1924. El siguiente instrumento fue la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que establece en su principio número 2 el *Superior Interés del Menor* como suprema consideración.

El *interés superior del menor* es el principio rector de algunos ordenamientos internos en materia de protección de menores; tratados y ordenamientos internacionales han visto la luz jurídica en diversas materias a favor de estos y muchas, han sido las revisiones que se han realizado en las legislaciones internas, con el objetivo de ser acordes con las normas fundamentales internacionales, pero para saber que tanto se ha involucrado el principio en materia internacional, es necesario que hagamos una revisión dentro de algunos tratados, declaraciones y resoluciones en dicha materia para saber el avance que este principio ha tenido, así como la importancia que con respecto al principio de la *opinión del menor* se observa en ellos y por ende, que tan importante es la aplicación de ambos principios en los

asuntos que impliquen la presencia de un menor o en los cuales, éste se ve directamente afectado.

El Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV), celebrado en Ginebra el 12 de agosto de 1949,⁷³ en el que México es Parte desde el 29 de octubre de 1952; éste Convenio establece dentro de su texto, medidas de protección para las personas que habitan los territorios ocupados, y su artículo 14 señala que las Partes en conflicto designarán las zonas y localidades sanitarias y de seguridad, para proteger contra los efectos de la guerra a los heridos y a los enfermos, a los inválidos, a los menores de quince años, a las madres encintas y a las madres de menores de siete años. Señala también que las Partes en conflicto velarán por la protección de todos aquellos menores que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia a causa de la guerra.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Asimismo el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) del 8 de junio de

⁷³ Cfr.- Marino Menéndez, Fernando M. Código sobre protección internacional de la infancia.- Op. Cit. p. 233.

1977,⁷⁴ señala en su artículo 77 que la protección de los menores, será objeto de un respeto especial, protegiéndoseles de cualquier forma de atentado al pudor, otorgándoles las Partes en conflicto, los cuidados y ayuda especial de acuerdo a su edad, prohibiéndoles también toda participación a los menores de quince años.

Dentro de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), dictadas en la Resolución 40/33 de la Asamblea General el 28 de noviembre de 1985,⁷⁵ específicamente la regla 1.1. señala que los Estados miembros promoverán el bienestar del menor y de su familia, en la regla 1.2. establece que los Estados miembros deberán esforzarse por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa dentro de la comunidad y fomentar en él un proceso de desarrollo personal y educacional lo más exento posible del delito y la delincuencia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Asimismo evitarán en la medida de lo posible y en beneficio del menor que tenga problemas con la autoridad, el acercamiento con ésta, y establecer medidas que movilicen a los grupos de carácter

⁷⁴ Cfr.- Mariño Menéndez, Fernando M. Código sobre protección internacional de la infancia. - Op. Cit. p. 237.

⁷⁵ Cfr.- Ibidem. p. 247.

comunitario, a la familia, a las escuelas y a las instituciones de la comunidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El Convenio de la Haya sobre Competencia de las Autoridades y la Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, suscrito en la Ciudad de la Haya el 5 de octubre de 1961,⁷⁶ hace una referencia dentro de su texto, específicamente en los artículos 1 y 4, de lo que podría considerarse como el principio del *interés superior del menor*.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), contenidas en la resolución 45/112 de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1990;⁷⁷ establecen dentro de su capítulo de principios fundamentales, que para prevenir la delincuencia juvenil, es necesario que la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes y respete su personalidad a partir de la primera infancia y su aplicación, debe centrarse en el bienestar de los jóvenes.

En cuanto a la participación que la familia debe tener en el desarrollo de los menores, el numeral 12 de este instrumento establece que la

⁷⁶ Cfr. Mariño Menéndez, Fernando M.- Código sobre protección internacional de la infancia - Op. Cit. p. 313.

⁷⁷ Cfr.- *Ibidem*, p. 287.

sociedad, tiene la obligación de ayudarla a cuidar y proteger al menor y asegurar su bienestar físico y mental, asimismo, su artículo 3 refiere que los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad a fin de no ser considerados meros objetos de socialización, así como la participación dentro de las políticas y los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, lo que nos indica que al permitir dicha participación, los jóvenes pueden también así, opinar respecto de lo que es más conveniente para evitar que se acrecenté los índices de delincuencia en la juventud.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre los Problemas de los Niños en la Comunidad Europea, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 13 de diciembre de 1991;⁷⁸ resolución que se toma en virtud de considerar que la Comunidad Europea debe proteger los derechos fundamentales del menor, con la finalidad de que este pueda vivir su infancia con dignidad, alegría y alcanzar el libre desarrollo de su personalidad, preparándose así para tomar parte en la futura sociedad con sentido de responsabilidad; además de considerar que la protección del menor debe basarse en el *interés superior del menor*, fundándose en los principios de libertad y dignidad de éste y sus características individuales y colectivas.

⁷⁸ Cfr.- Mariño Menéndez, Fernando M.- Código sobre protección internacional de la infancia - Op. Cit. p. 403.

Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, suscrito en la Ciudad de la Haya el 29 de mayo de 1993,⁷⁹ y en el que México es Parte desde el 29 de mayo de 1993; tiene como objetivo entre otros, adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar precisamente, en consideración al *interés superior del menor* y con respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de menores.

Con relación a ello los artículos 1 inciso a), 4 inciso b), 21 y 24 del Convenio en cita, hacen mención del *interés superior del menor*, en tanto que el artículo 4 inciso d), numeral 2), 3) y 4) hacen referencia de la importancia que la opinión del menor tiene dentro de los procesos de adopción de los menores en el ámbito internacional.

La Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas (92/241/CEE) sobre el Cuidado de los Niños y de las Niñas, del 31 de marzo de 1992,⁸⁰ señala en sus consideraciones iniciales que se formula, con la finalidad de procurar que las personas que tienen como responsabilidad el cuidado y la protección de los menores,

⁷⁹ Cfr.- Mariño Menéndez, Fernando M.- Código sobre protección internacional de la infancia - Op. Cit. p. 334.

⁸⁰ Cfr.- *Ibidem* p. 474.

hagan frente a ello en beneficio de las personas menores de edad, por medio de promover planteamientos de largo alcance que tomen en cuenta los intereses y las necesidades particulares de los menores de diversas edades.

El objetivo principal de tal recomendación, es precisamente el cumplimiento de las responsabilidades que se tienen con respecto de los menores, además de la promoción de políticas tendientes a buscar su cumplimiento en la mejor forma, políticas que deben ser realizadas en virtud del mejor beneficio de ellos, siempre en atención de sus necesidades y deseos.

2.4. Consideraciones finales.

Acorde con los criterios utilizados por parte de la normatividad nacional e internacional que ya ha sido revisada; rescataremos de ellas algunas cuestiones importantes y señalaremos las consideraciones que a nuestro criterio son las más importantes para promover modificaciones y reformas en el ordenamiento mexicano correspondiente.

2.4.1. Del concepto de menor y de niño.

Respecto de Chile mencionamos que, las normas vigentes no son las debidas para los menores, ya que se les obliga a tomar un rol que por su edad y su inmadurez o inexperiencia no les corresponde vivir, pues crea -como menciona la profesora Prieto Peralta,- situaciones de antisociabilidad, marginándolos del sistema en el que se pretende que ellos habiten, lo que nos obliga a crear conciencia del papel que representa para el futuro el desarrollo de un menor, así como prever sus entornos culturales, sociales y económicos en los que se desenvuelve, para así realizar su regulación correcta, dando pauta para que exista una normatividad más justa hacia los menores.

El criterio utilizado por la normatividad argentina a nuestro parecer es bastante bueno, porque sí se toman en cuenta, las diversas edades por las cuales transcurre la vida de un menor, al igual que prevé en su regulación un tratamiento distinto para cada una de las etapas de los menores, como impúberes y como menores adultos, aunque también estamos de acuerdo con la disposición por parte de este país de armonizar su legislación con la normativa internacional.

En la legislación de Uruguay por su parte, no se desprende ninguna división como lo es dentro de la normatividad argentina; es decir, se

regula de manera general a los menores ya sean infantes o bien adolescentes o jóvenes, sin tomar en cuenta el hecho de que por ley se les llame "niños", no significa ello que a los 14, 18 ó 20 años tengan las mismas necesidades que a los 2, 5 ó 7 y mucho menos a los 21 años, en cualquiera de los planos y aspectos en que estos se vean afectados y destacar además que el ordenamiento civil de Uruguay, utiliza el término "*niño*" para hacer referencia a las personas menores de edad.

Por otro lado, resulta interesante la normatividad establecida dentro del Código Civil paraguayo, que puede equipararse con la legislación de Argentina, dentro de la cual se puede observar que si existe un tratamiento distinto para edades determinadas de la minoría de edad, ello es resultado quizá de la preocupación e importancia que para este país significan las personas menores de edad, siendo importante señalar que se les define como *menores* y además como incapaces a la luz de su legislación.

Los criterios establecidos por la legislación española nos llevan a concluir que en éste país, la figura de "*niño*" ya sea considerado como menor o bien, como hijo por un hecho biológico, está completamente protegido por la legislación como persona que por su edad, requiere de protección para su pleno y óptimo desarrollo, aunque al igual que en los ordenamientos

analizados, existe una regulación diversa con respecto de cada situación en la que se coloque al menor.

Para concluir este tema, diremos que cada una de las legislaciones que en materia civil han sido revisadas, nos llevan a concluir que ninguna de ellas nos señala lo que debemos entender por "*niño*", más sin embargo todas ellas establecen la edad a la que se considera la minoría de edad y por ende, lo que debemos entender por "*menor*". Edades que alcanzan los 18 hasta los 22 años, pero no todas las legislaciones realizan el mismo tratamiento para con los menores en sus diversas etapas de vida, y se puede distinguir de entre ellas únicamente al ordenamiento civil de Argentina y Paraguay, además consideramos que el ordenamiento más adecuado y del que además, muchos países deberían tener como ejemplo, es el ordenamiento español, por la diversidad de regulaciones que a favor y en beneficio de los menores ha sido adoptada y además porque ha procurado ponerles más atención a casos particulares por los legisladores y por la sociedad en general de este país.

En el marco del Derecho Internacional, después de analizar los criterios utilizados en diversos convenios de carácter internacional en materias diversas sobre protección de menores, solamente podemos señalar que en algunos, se opta por el concepto de *niño* y en otros por el de *menor*, más sin embargo en todos se utilizan ambos de manera indistinta pero

desde nuestro personal punto de vista, consideramos que si partimos de un criterio jurídico, el concepto más adecuado para evitar cualquier tipo de confusión al momento de ser éste trasladado a un caso en particular, debería ser el de *menor*, por ser el concepto que engloba todas las etapas por las que transcurre una persona que se encuentra dentro de la categoría de la minoridad, ya que debe quedar bien establecido que las necesidades de una persona de tres años, no son las mismas que para una de 13 o 16 años de edad.

Finalmente mencionaremos un concepto propio de los términos de *niño* y de *menor*, por lo que con relación al de "niño", proponemos la siguiente definición: ***"es toda persona que se encuentra en el periodo de la vida humana, que va del nacimiento hasta la adolescencia, o bien la primera época de la existencia de una persona; este concepto también se relaciona con el de la infancia; que es la época considerada hasta los 7 años de existencia de una persona"***.

Por lo que existen en la vida de una persona, antes de que ésta alcance la mayoría de edad tres etapas, que no son reguladas en las legislaciones como tales y que debido a ello, existe gran problemática al momento de aplicar los criterios de cada uno de esos ordenamientos, pero aún al considerarse, creemos que debe regularse a los menores de acuerdo a la edad en que estos se encuentran, como es el caso de los países de

Argentina y Uruguay para agilizar los procesos y dar soluciones más precisas al problema y caso en particular, por lo que las etapas a las que nos referimos son las siguientes:

- La infancia: del nacimiento hasta los 7 años;
- La que se encuentra entre la infancia y la niñez, de los 8 a los 14 años;
- La adolescencia o entrada a la juventud, de 15 a los 18 años.

Si consideramos estos factores de tipo cronológico, los cuales son determinantes en todos los aspectos relacionados con los menores, podemos proponer por *"menor"*, el siguiente concepto:

"Es toda persona humana o individuo que no ha alcanzado la edad de 18 años y que de acuerdo a su edad y madurez deben tener trato específico, respetando opiniones, intereses y derechos que por su capacidad legal en ocasiones no pueden ejercer por sí mismos".

Por lo tanto para que exista una armonía dentro de los ordenamientos internos, así como en la normatividad internacional, se debe incluir el término de *"menor"*, por ser más amplio para hacer referencia a la niñez.

Por otra parte, a nivel internacional debemos concentrarnos en la definición dada por la Convención, que a juicio propio resuelve sobre el problema existente entre los términos de "niño" y "menor", al consagrar en su artículo 1° que se entenderá por niño, a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

A pesar de señalar que ello será solo para efectos de dicha Convención creemos que bien podría aplicarse esta definición a los diversos instrumentos internacionales que abordan problemas referentes a los menores, en virtud de ser la Convención de mayor jerarquía en el ámbito de derechos humanos de la infancia, por la magnitud de su contenido y por el elevado número de países que hasta hoy la han ratificado y que la reconocen dentro de su ordenamiento nacional; asimismo para evitar cualquier tipo de problemática al ser aplicadas a un caso en particular que pueda chocar con los ordenamientos internos, sin perder de vista que en nuestra opinión, la Convención debería llamarse "*Convención sobre los Derechos de los Menores*".

2.4.2. Del concepto de custodia.

El artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su párrafo 1 refiere que las Partes velaran porque el menor no sea separado de

sus padres, excepto cuando por revisión judicial se determine que tal separación es necesaria en *interés superior del menor* y cuando sea necesario en casos particulares como en aquellos en que el menor sea objeto de maltrato o descuido de los padres y así, como es requerida la capacitación del personal de las instituciones y servicios asistenciales, es necesaria la capacitación de los funcionarios encargados de impartir justicia, para que tomen en cuenta la importancia que tienen las normas internacionales y sean debidamente aplicadas y consideradas en los casos en particular existentes en Argentina.

En el Derecho paraguayo, el término de "*tenencia*" es el utilizado para definir a la "*custodia*"; se dice que cuando existe conflicto entre los padres con respecto a la tenencia de los menores, es el juez de menores quien decidirá y tomará en cuenta el *mejor interés del menor* y su edad, lo que a nuestro parecer es lo más indicado; sin embargo, según lo señala el artículo 9° párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes velarán por que éste no sea separado de sus padres y mucho menos a la edad de los 5 años como lo establece esta regulación, edad en que como ya hemos señalado, el menor se encuentra en la etapa en que se debe tener un mayor cuidado, en virtud de ser ésta en la que se empieza a grabar y absorber todo lo que a su alrededor sucede, por lo que requiere de una mayor atención y estabilidad la que solo por muy poderosas razones debe ser alterada.

En Paraguay se observa un desconocimiento de la Convención por parte de las personas que trabajan con menores o para éstos, como lo son jueces, abogados, magistrados, asistentes sociales y funcionarios de la administración, tanto a nivel nacional como local, lo que es determinante para la correcta aplicación de la Convención así como de los principios y disposiciones que ella establece, por lo que en todo caso las autoridades internacionales como el Comité de los Derechos del Niño, podrían intervenir a fin de procurar sean efectivamente aplicadas las normas tanto de la *custodia* como de los principios en ella establecidos.

Por otra parte las autoridades de este país, deberían tener presente la importancia de que un menor crezca y se desarrolle en un ambiente familiar y de tranquilidad, para ello podría promoverse una revisión dentro de su ordenamiento a fin de armonizar éste con la Convención y procurar de esta forma, que en los procesos jurídicos de separación de los padres, de alimentos o bien de solicitud de la patria potestad, sean resueltos de manera rápida y eficaz y que sea observado el principio del interés superior del menor.

Asimismo la revisión del ordenamiento civil de este país en materia de *custodia* de menores, debería prever una edad mínima de 7 años, cuando se trata de otorgar la *custodia* de éste a otra persona que no sea la madre, ya que de lo contrario, se estaría en contra del principio

establecido por el artículo 3° de la Convención, en virtud de que la edad de 5 años, en la que se pretende separar a un menor de su madre cuando existe conflicto entre los progenitores, afectándose la estabilidad del menor por los motivos ya señalados.

Con respecto al concepto de *custodia* en el Derecho Internacional, hemos señalado que se han celebrado diversos instrumentos, en busca de la protección de los menores en el aspecto de su cuidado personal, por ello el principio número 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, trata de involucrar a los países de que sean partícipes de este derecho que tienen los menores de disfrutar de una protección por parte de sus padres o bien, de personas a ellos allegadas y a falta de ello, la seguridad de que el Estado brinde esa protección.

La definición dada para los efectos de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, refiere el término de "*guarda y custodia*" de forma indistinta y con referencia específica al cuidado y al lugar de residencia, lo anterior se estipula así -según el maestro Víctor Carlos García Moreno,* a fin de evitar las diversas acepciones que se pudieran dar en cada uno de los países del continente, no olvidemos que en el ordenamiento de Argentina existe una diferenciación

* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM de la materia de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

entre los términos de "tenencia", "guarda", "custodia", etc., como ya antes quedó debidamente señalado.

El criterio manejado por la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, con relación a la figura en análisis, no difiere de la que señala la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, pues refiere también como aspecto primordial, el de la restitución del menor al Estado de su residencia habitual, más sin embargo, ésta únicamente nos habla de la figura de la *custodia* simple y llanamente.

Si tomamos en cuenta que el ejercicio de la custodia es una función integral de la *patria potestad* y que el legislador realiza un concepto vago de esta figura, proponemos entonces un concepto que en atención a las características principales que hacen de este Derecho un deber jurídico que bien puede contar con regulación propia y que puede ser el siguiente:

"Custodia, es el deber y derecho que tienen los padres, familiares u organismos públicos o privados, de cuidar de la persona del menor, cuando exista la separación de los progenitores, la falta de los mismos o bien, cuando el menor no cuente con la protección de estos o cuando los cuidados por ellos proporcionados vayan en perjuicio del mismo; deber y derecho que implica su vigilancia,

educación, el de dar alimentos, su cuidado moral y físico, además de todo aquello que atienda al interés superior del menor, valorado de acuerdo a la edad, madurez y juicio propio en relación con la opinión personal del mismo".

2.4.3. Del concepto del interés superior del menor y del respeto a la opinión del menor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En la regulación española, se observa que la Convención si es aplicada pero un dato importante es el de la edad que se establece para respetar jurídicamente la opinión de los menores en los procesos judiciales, los menores de 12 años no tienen la posibilidad de expresar con quien de los padres habitar o convivir durante el proceso de separación, de nulidad de matrimonio de divorcio etcétera, ni mucho menos las razones y el sentir de éste en relación a tal situación.

Sin embargo, debería, según la Convención, dárseles la oportunidad cuando los menores de 12 años tengan el suficiente juicio y criterio, así como la madurez para poder dar una opinión adecuada y que cree convicción en la autoridad a fin de que ésta, resuelva con apoyo en dicha opinión y en virtud de los diversos medios de prueba que se ha allegado, pues desde un particular punto de vista, desde los 7 años de edad se tiene el suficiente criterio para opinar sobre sus necesidades.

Creemos además conveniente que el gobierno de España, podría procurar que los menores estén debidamente informados respecto de sus derechos, para que de esta forma puedan expresar sus inquietudes no solo en materia de custodia, sino en cualquier ámbito en el que se van afectados.

En Cuba por su parte, consideramos que podría tanto el Comité de los Derechos del Niño, como el UNICEF y los demás organismos encargados de la vigilancia de los derechos de los menores, promover la revisión total de la regulación civil de este país, para que en ella se incluyan no sólo los principios en mención, sino todas las disposiciones de la Convención, por que es imposible que en la actualidad sigan sin respetarse los derechos que corresponden a los menores, ni siquiera en su parte fundamental.

Creemos que es importante que en el Estado cubano se promueva la conciencia respecto de la conveniencia de respetar estos y los demás derechos de los menores, para que así se pueda dar eficaz cumplimiento al compromiso que contrajo Cuba al firmar la Convención y no sólo a ello, sino a la obligación que este gobierno tiene de procurar el buen desarrollo de sus menores, lo que en un futuro se reflejará en un mejor desarrollo de la sociedad cubana en su conjunto.

Al respecto en Alemania al parecer se procura incluir dentro de su legislación, diversas formas de participación de los menores, con la finalidad de dar forma a las condiciones sociales de información, para ello se han formado parlamentos de menores y se han implementado horarios en las oficinas de las autoridades administrativas para atenderlos.

Sin embargo, de la misma forma en que ya se ha señalado, se podría hacer participar a los menores según su edad y el grado de madurez que hayan alcanzado, en todas las decisiones de los servicios reglamentarios para la juventud y los padres por su parte tener en cuenta la evolución de su capacidad y de su necesidad de actuar con independencia y responsabilidad; por ello los padres podrían discutir con el menor, en la medida que lo permita su grado de madurez.

Debemos rescatar de lo anteriormente señalado, la diferencia que existe entre el ordenamiento civil alemán y los ordenamientos antes revisados, con relación a la importancia que el primero otorga al principio del *respeto a las opiniones de los menores*, ya que establece con mayor exactitud la forma en que este principio debe ser aplicado y valorado en los procesos judiciales, al señalar específicamente que se considerarán los elementos de la edad, la madurez y el juicio propio del menor, tal y como lo estipula la Convención, lo que constituye que al momento de hacerlo valer

no habrá lagunas ni confusiones que impliquen el retraso de los procedimientos de custodia en perjuicio directo del menor.

La importancia que han tenido en los últimos años los principios del *interés superior del menor* y el del *respeto a la opinión del menor* dentro de la normatividad revisada a lo largo del presente capítulo, y el reflejo que la Convención sobre los Derechos del Niño ha tenido en ellas, ha sido determinante para concluir que a partir de la adopción de la Convención, tales ordenamientos han evolucionado respecto de estos principios, sin embargo consideramos que a pesar de ello, no todas los Estados Partes han tomado en cuenta de manera profunda estos principios, en específico el del *interés superior del menor*, el cual debe ser el principio rector de todo el ordenamiento dirigido a la protección de los menores, siempre en atención al mejor beneficio de ellos en todas las cuestiones en que se vean afectados y tomar también en cuenta, el de cubrir sus necesidades en base a las condiciones y circunstancias que se den de manera especial en cada país y situación concreta, por ello consideramos necesario que la supervisión del Comité de los Derechos del Niño en la aplicación adecuada de la Convención, como de los principios en ella consagrados, sea más directa a fin de que puedan encontrarse en armonía con los ordenamientos internacionales, siempre bajo el respeto del principio de soberanía de los Estados.

En el orden internacional, el **Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra** (Convenio IV), no existe un artículo que señale de forma expresa lo que debe entenderse como *interés superior del menor*, pero si se prevé dentro de su texto, especificaciones que todas las Partes deben de observar en los conflictos armados para con los menores, tales que deben de cumplirse para la protección y seguridad de ellos, en atención de su mejor beneficio.

Por su parte las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) se dirigen a la protección de los derechos de justicia que corresponden a los menores, así como a la garantía de que las autoridades actúen siempre en su beneficio y en atención a lo que sea más conveniente para ellos, de esta manera se prevé dentro de este instrumento el principio del *interés superior del menor*.

Aunque sabemos que en la actualidad muchos son los ordenamientos tanto nacionales como internacionales referentes a los menores, estos deben ser revisados para buscar su armonía mutua, con más razón el Convenio de la Haya sobre Competencia de las Autoridades y la Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, ya que de la lectura de su contenido únicamente se desprende, que las autoridades de cada Estado Parte tiene la facultad de adoptar medidas tendientes a proteger la persona del menor así como de sus bienes, además de que dichas

mediadas serán adoptadas según los intereses del menor, pero no nos da la guía para establecer el criterio utilizado en dicho Convenio, para que las autoridades adopten estas medidas.

Hay que destacar que dentro de la Resolución 45/112, que contiene las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), se omite la inclusión de manera textual de los principios en estudio, pero al igual que en los convenios y reglas que antes analizamos, se encuentran inmersos -aunque no de manera expresa,- si hay una tendencia en buscar y asegurar la debida protección que los menores requieren y que por la etapa en que se encuentran, están propensos a desviar su camino, de no contar con la ayuda y cuidados de su propia familia y de la sociedad en general. En ellas también se promueve la participación de los jóvenes, con la cual se está tomado en cuenta el principio del *respeto a su opinión*.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre los Problemas de los Niños en la Comunidad Europea, es tomada en espera de que todos los Estados europeos hagan intentos para procurar que el desarrollo del menor trascorra con la menor cantidad de problemas y obstáculos posibles, en busca de su *interés superior* como principio que debe ser rector en todas los asuntos relacionados con ellos.

En el contenido del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción internacional, se establecen diversos artículos en los que se encuentran inmersos los principios del *interés superior del menor y del respeto de la opinión del menor*, se revela que su texto se encuentra regido por tales principios y que a diferencia de los ordenamientos precitados, se muestra un mayor énfasis en buscar la armonía tanto con los principios establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, como con las normas fundamentales de Derecho Internacional de protección de los menores.

En virtud de los convenios, recomendaciones, reglas y directrices, tanto de carácter internacional, como de carácter regional a las que hemos hecho referencia, es menester que concluyamos que así como en la normatividad internacional de mediados de siglo pasado, como en los ordenamientos internacionales que en la actualidad se han adoptado por la comunidad internacional, se encuentran inmersos, aunque no de manera expresa, ni en la forma e importancia que hoy en día vislumbran las legislaciones, la protección y cuidado de los derechos que los menores tienen y que las naciones han procurado por medio del establecimiento de reglas y principios que hoy en día específicamente toman el nombre del principio del *respeto a la opinión del menor en interés superior del mismo*.

Al respecto se ha dicho que cuando los deseos del menor contrarían aquello que en el criterio de los adultos resulta ser sus verdaderos intereses, tal deseo no debe ser tomado en consideración, debido a que aún se advierte en las actuaciones y en la toma de decisiones que el menor ni siquiera es tomado en cuenta ni se le da importancia al sentir con relación a su opinión.

En las ocasiones en que es considerada la opinión de todas las Partes en conflicto, muchas veces entre ellas pueden existir contrariedades y colisiones, que provoquen que la toma de decisiones no sea la conveniente para los intereses de los menores, en virtud de no existir una efectiva valoración o simplemente, por la falta de valoración en la opinión del menor por parte de las autoridades encargadas de esa toma de decisión.

Es necesario que se le dé la importancia que tiene como elemento de real valor probatorio, colocándolo en su verdadera dimensión; el menor debe ser oído cuando haya alcanzado una edad en la que pueda pensarse con cierto fundamento, que expresa una opinión propia y al mismo tiempo, tal opinión ha de ser evaluada como lo que es, esto es uno de los muchos elementos que contribuyen a formar en el juzgador la convicción sobre la cual ha de ser la mejor decisión respecto de cada caso en particular.

Si bien es cierto que al respetar el deseo y la opinión del menor en tal o cual cuestión referente a su mejor interés, también es cierto que en la mayoría de los casos, éste manifiesta la voluntad de alguno de sus padres o familiares, ya por influencias, conductas o referencias de sus progenitores o por preferencias hacia alguno de ellos, por ello desde nuestro punto de vista, creemos que debe existir la especialización adecuada de un organismo determinado, de sus funcionarios que coadyuven a las autoridades encargados de dictaminar con respecto de los procesos de custodia, cuestión que consideramos obligatoria para poder escatimar el grado de transparencia en el deseo que expresa el menor.

En suma, el deseo que expresa el menor al tomar su opinión, debe ser debidamente analizado y valorado por parte de los funcionarios y las personas que estén totalmente capacitados para ello, valoración que debe considerar todos los requisitos y elementos enumerados, es decir su edad, su capacidad y madurez, así como establecer la importancia y tipo de problema de que se trate y la originalidad de la opinión, pero todo ello no puede ser posible si dentro de los ordenamientos y legislaciones de los países en materia de menores, no existe una reglamentación que prevea la importancia y relevancia de este tema, el cual al constituir un medio de prueba en beneficio e interés del menor, sirve de apoyo a los juristas para llegar a la determinación más adecuada y eficaz dentro de los asuntos que conciernan e impliquen la participación y afectación de los derechos de los

menores; con ello se daría un paso adelante en la búsqueda de esa armonía que debe imperar entre los ordenamientos internos con respecto de los ordenamientos internacionales, con el objeto de que el principio del interés del menor, sea debidamente aplicado a cada caso en concreto y tal como lo buscan las normas de protección de la niñez.

La *opinión del menor*, si bien no puede ser el único elemento a tomar en cuenta en orden a dar un sustento a la decisión que se tome, adquiere importancia cuando por su edad y madurez pueda ser considerada como personal y auténtica, *"se confrontará con los demás elementos de juicio concurrentes...; dicha opinión es válidamente invocable para fundar la respectiva decisión, cuando... los menores hayan alcanzado edades... y un desarrollo intelectual... afectivo y cognoscitivo... que puede habilitarlos para discernir"*.⁸¹

Por lo tanto el respeto a la *opinión del menor* concluimos, *"es la facultad que se debe otorgar a los menores de edad de proporcionar sus puntos de vista de acuerdo a sus intereses y en razón de su edad, madurez y juicio propio alcanzado"*.

⁸¹ STILERMAN, Martha N. *Menores: Tercera. Régimen de visitas* - Op. Cit. p. 71.

La opinión debe ser valorada de forma conjunta con los demás criterios de prueba, para hacer más eficaz la decisión a tomar, misma que se debe acercar a las consideraciones realizadas por los ordenamientos internos e internacionales a favor de la protección de los menores y en atención a sus intereses supremos.

De esta forma y una vez que hemos analizado los criterios establecidos en la normalidad de algunos Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño y que nos ha servido de marco para realizar un análisis de tipo comparativo de los conceptos estudiados, continuaremos en el siguiente capítulo con el análisis de los mismos, a la luz de nuestro Derecho y de acuerdo con la Convención.

CAPITULO 3 ANALISIS DE LA CONVENCION Y DE LOS CONCEPTOS BÁSICOS A LA LUZ DEL DERECHO MEXICANO.

CONTENIDO

Introducción. 3.1. Análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño a la luz del Derecho Mexicano. 3.2. Análisis de los conceptos básicos. 3.2.1. Los conceptos de menor y niño en nuestro país. 3.2.2. El interés superior del menor y el respeto a la opinión del menor. 3.2.3. La custodia. 3.3. Necesidad de reformar la legislación mexicana en materia de custodia.

Introducción.

La preservación y el respeto a los derechos de los seres humanos, corresponde en un principio al Estado y después a los miembros de la sociedad, quienes para ello, deben recurrir a los órganos encargados de vigilar y proveer programas tendientes a la satisfacción de los mismos, pero para su aplicación, es necesario que tanto las obligaciones como los derechos se encuentren consagrados y previstos dentro de la normatividad que ha de acatar esta sociedad, normatividad creada para la regulación de los actos de sus integrantes, pero cuando las normas imperantes y la normatividad no responden a las de ésta, entonces la sociedad debe impulsar al Estado a que realice una revisión y reforma de las leyes que corresponda a las expectativas de los habitantes, de lo contrario acarrearía el desequilibrio de algún sector determinado de la sociedad.

Es precisamente lo que sucede con las personas menores de edad, quienes constituyen el sector de la sociedad más vulnerable a todos los cambios que la actualidad implica, ellos como todos los seres humanos, requieren del respeto que tanto la sociedad como las autoridades, deben otorgarles a sus derechos, que al estar garantizados y consagrados en un ordenamiento que como objetivo principal busca su obligatoriedad y armonía con las leyes de todo el mundo, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual tiene como pncipia el debido cumplimiento y respeto a tales derechos y que se tenga conciencia, conocimiento y difusión de los mismos por parte las autoridades y organismos encargados de efectuarla, para velar por el buen desarrollo de nuestros infantes.

Una vez que hagamos un breve análisis de la situación de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro país y de revisar los conceptos de *menor y de niño* dentro de la normatividad mexicana, así como de la relativa a la *custodia, el interés superior del menor y el respeto que se debe otorgar a la opinión del menor*, evaluaremos el cumplimiento e incumplimiento a la Convención en nuestro país, con base en los pncipios consagrados en los artículos 3° y 12° y del párrafo 1 del artículo 9° de esta. Trataremos de determinar aquellas cuestiones que evitan la aplicación efectiva de esos pncipios en los procesos de otorgamiento de la custodia, así como algunas propuestas de solución para su debida aplicación.

3.1. Análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño a la luz del Derecho Mexicano.

En el tema 1.2.4. del capítulo 1, se señaló que para la entrada en vigor de una convención o tratado en un determinado Estado Parte, es necesario cubrir los requisitos establecidos dentro del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte, por ello es preciso mencionar que en nuestro país para la entrada en vigor de un tratado, únicamente basta con que éste sea publicado en el Diario Oficial de la Federación tal como lo establece el artículo 3° del Código Civil Federal.

Es de señalarse además que para la negociación y aceptación de los tratados, el titular del Ejecutivo Federal es quien tiene la facultad de celebrar tratados en cualquier área, sin embargo esta amplia facultad se encuentra limitada por lo señalado en el artículo 133, 15 y 18 de la Constitución Federal, en los casos en los que no estén de acuerdo con nuestra Carta Magna, por ejemplo en materia de extradición de reos políticos, o para delincuentes que hayan tenido la condición de esclavos o cuando las disposiciones contenidas en él, transgredan las garantías individuales.

Con respecto a lo anterior, el Maestro José Contreras Vaca, señala que: *"Acorde con la postura anterior, considero que el Presidente de*

la República no está subordinado a la división de competencias del art. 124 constitucional en lo referente a la celebración de tratados, ya que el artículo 133 de nuestra Carta Magna, que es la norma específica, no lo sujeta a ello".¹

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por su parte la Ley sobre la Celebración de Tratados, en sus artículos 4° a 6°; la Ley Orgánica de la Administración Pública; el Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, establecen de manera dispersa, disposiciones referentes a la materia de los tratados, pero como lo señala el maestro Contreras Vaca, "no existe ningún ordenamiento legal que establezca el procedimiento específico a seguir para llevar a cabo la negociación y aceptación de los tratados internacionales",² sin embargo con base en las diversas disposiciones dispersas en los ordenamientos citados y en virtud de existir en nuestro país una práctica interna con respecto a la celebración de los tratados, tomaremos las palabras del maestro Contreras Vaca ³ para resumir la forma de concluir un tratado dentro de la práctica nacional.

Respecto a la negociación, los plenipotenciarios mexicanos acreditados por la Secretaría de Relaciones Exteriores para participar en la

¹ CONTRERAS VACA, José Francisco.- *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*- 1° Edic.- Edit. Colección de Textos Jurídicos Universitarios Oxford, University Press, México, 1998. p. 37.

² *Ibidem*, p. 39.

³ Cfr.- CONTRERAS VACA, José Francisco.- *Op. Cit.* p.p. 39, 40, 41.

elaboración de un tratado internacional, al considerarlo conveniente, firman el pacto *ad referendum*, el que tendrá sólo el efecto de autenticar el texto del tratado. Dichos plenipotenciarios enviarán el texto del acuerdo a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que lo analice.

Si la Secretaría de Relaciones Exteriores lo juzga conveniente, envía el texto a la Secretaría de Gobernación que como intermediario lo envía a la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, quien a su vez realiza un análisis por medio de la o las comisiones involucradas como lo es la Comisión de Relaciones Exteriores, para hacer las declaraciones interpretativas y las reservas pertinentes y una vez, que la Cámara considere que se encuentra acorde con la Constitución Federal y es votado por mayoría de sus miembros, lo aprueba y nuevamente por conducto de la Secretaría de Gobernación, hace del conocimiento al titular del Ejecutivo Federal dicha aprobación, quién en términos del artículo 89 fracción I de la Constitución elabora el Decreto de Aprobación, por el que se informa a la Nación de la aprobación que con respecto del tratado ha realizado el Senado de la República, dicho Decreto debe encontrarse firmado por el Ejecutivo Federal y debe ser publicado en el Diario Oficial de la Federación.

Por otra parte la Secretaría de Relaciones Exteriores inscribirá el tratado dentro de sus registros y elaborará el instrumento de ratificación, o bien el de adhesión en su caso, el que contendrá la firma del Presidente de

la República, el refrendo de los Secretarios de Estado involucrados en la negociación y las reservas y declaraciones interpretativas realizadas, por lo que deberá ser emitido en nombre del gobierno mexicano.

Debe tenerse en cuenta que en México la manifestación del consentimiento para obligarse por un tratado, se realiza según el artículo 4° de la Ley sobre la Celebración de Tratados, mediante el intercambio de notas diplomáticas, el canje o depósito de instrumentos de ratificación, adhesión o aceptación, los que serán notificados por parte del Senado de nuestro país.

El instrumento de ratificación o adhesión es entonces depositado por la Secretaría de Relaciones Exteriores ante la dependencia u organismo internacional señalado en el tratado y una vez depositado éste, la Secretaría en mención lo hace del conocimiento de la Secretaría de Gobernación para que por su conducto, el titular del Ejecutivo Federal realice el Decreto Promulgatorio del tratado en uso de la facultad concedida por el artículo 89 fracción I de la Constitución Federal, este decreto deberá contener las firmas del Presidente de la República, con el respaldo de las firmas de los Secretarios de Gobernación y de Relaciones Exteriores y deberá ser publicado en el Diario Oficial de la Federación, con copia fiel del texto del tratado y de las reservas y declaraciones interpretativas realizadas, momento a partir del cual, se convierte automáticamente en derecho vigente

para nuestro país, sin importar si el tratado entró en vigor a nivel internacional anteriormente.

Los tratados internacionales en nuestro país, en función de lo que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. LXXVII/99, "*...esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local...*"⁴ y por ende, los jueces de cada entidad federativa, se arreglaran a dicho tratado a pesar de las disposiciones que en contrario existan dentro de las legislaciones locales.

En atención a lo ya señalado, el día 26 de enero de 1990 el plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos debidamente autorizado, Licenciado Fernando Solana Secretario de Relaciones Exteriores, firmó *ad referendum* la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada en la Ciudad de Nueva York, N. Y., el día 20 de noviembre de 1989.

Posteriormente la Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el día 19 de junio de 1990, según

⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* - tomo X.- Noviembre de 1999.- Tesis P.LXXVII/99. p. 46.- número de registro 192,867.- Aislada, Materia Constitucional.

Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de julio del mismo año.

El instrumento de ratificación fue firmado por el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Licenciado Carlos Salinas de Gortari el día 10 de agosto de 1990 y fue depositado ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas el día 21 de septiembre de este mismo año.

Por lo tanto para su debida observancia y en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción primera del artículo 89 de la Constitución Política Mexicana, el día 28 de noviembre de 1990, se realizó el Decreto Promulgatorio relativo a la Convención sobre los Derechos del Niño en la residencia del Poder Ejecutivo Federal y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, fecha en la que entró en vigor la Convención, desde entonces obligatoria para el Estado Mexicano.

Sin embargo, la entrada en vigor para México, en el ámbito internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el artículo 49 segundo párrafo, se realizó hasta el trigésimo día después de haber sido depositado el instrumento de ratificación o de adhesión.

Tabla No. 3.1.⁵

PARTICIPANTE	FIRMA AD REFERENDUM	DEPOSITADO ANTE EL SECRETARIO GENERAL DE LA ONU.
México	26 enero 1990	21 septiembre 1990

Con relación al ámbito espacial de validez de la Convención en el Derecho Mexicano, es menester referir que al momento de firmar y ratificar la Convención, no se realizó manifestación al respecto de la cláusula federal, por lo que su aplicación se da de la misma forma y con todos los efectos dentro de todo el territorio de nuestro país.

En lo que concierne al sector de las reservas, hay que señalar que nuestro país firmó y ratificó de manera íntegra el texto de la Convención, sin realizar reserva alguna al respecto, encontrándose obligado el Gobierno de México, al cumplimiento de la misma en su totalidad.

3.2. Análisis de los conceptos básicos.

Por principio de cuentas y una vez analizados los principios del *interés superior del menor* y del *respeto a la opinión del menor* en el capítulo anterior, los que se encuentran consagrados en los artículos 3° y 12° de la Convención, así como del párrafo 1 del artículo 9° del mismo instrumento,

⁵ Cfr. Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General, Status as at 30 April 1999, ONU AG.- Documento ST/LEG/SER.E/17, p. 218.

análisis que se llevó a cabo respecto de los ordenamientos de algunos de los Estados Partes, tales como Alemania, España, Italia, Argentina, Chile, Uruguay, etcétera; encontramos que no basta que tales preceptos sean incluidos dentro de una norma de Derecho Internacional que ha sido ratificada por ellos, en este caso la Convención, sino que tales derechos tengan verdadera aplicación a los casos en particular, específicamente los principios a los que hemos hecho referencia.

Hemos constatado además que la inclusión de estos principios dentro de la normatividad revisada, únicamente se prevén pero no son efectivos, en general solamente los ubicamos en disposiciones dispersas dentro de ésta y principalmente en la materia civil que es la que en este estudio se aborda.

Por ello en este tema además de hacer un somero análisis de los conceptos de *menor* y de *niño* desde la perspectiva de la legislación civil de algunas de las entidades federativas de nuestra República, también revisaremos los principios que coadyuvan a la aplicación de la *custodia*, tales como el del *interés superior del menor* y el del *respeto a su opinión* desde la visión del Derecho Mexicano, sin faltar desde luego un análisis de ésta figura que constituye nuestro punto central; incorporamos también un análisis de la inclusión que de los principios y del primer párrafo del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, se prevé dentro del

ordenamiento civil mexicano, y señalaremos aquellas situaciones que impiden la debida aplicación del mismo y las consecuencias por su falta de observancia, así como el establecimiento de nuestra propuesta para que los preceptos referidos sean verdadera y efectivamente considerados en beneficio de los menores de México.

3.2.1. Los conceptos de menor y niño en nuestro país.⁶

En nuestra República Mexicana podemos encontrar una diversidad de criterios dentro de las legislaciones de cada una de sus entidades federativas para referirse, en este caso al *menor*, o bien para determinar cuando se considera que una persona ha alcanzado la mayoría de edad, lo anterior se debe a la soberanía del régimen jurídico interior de cada una de las entidades que conforman los Estados Unidos Mexicanos, para ello me gustaría hacer una breve referencia de algunas de estas legislaciones, a fin de tener una guía que nos ayude a encontrar un criterio común.

Por principio nuestra Constitución general nos dice en su artículo 34, que *"serán ciudadanos de la República, los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además, los siguientes requisitos:*

⁶ Cfr.- Bufete Jurídico: Herramienta de vanguardia en la informática jurídica - enero del 2001.- disco 1-2.- Tijuana (México).- Software Visual 2001.

- I. *Haber cumplido 18 años.*
- II. *Tener un modo honesto de vivir*.*

Del artículo anterior, se desprende la edad en la que en la República Mexicana se considera la mayoría de edad, pero debemos señalar que si bien la minoría de edad se pierde a los 18 años según éste artículo, existen en el territorio nacional una diversidad de criterios al referirnos a ésta, los cuales abordaremos de manera genérica.

En el Estado de Guerrero dentro del *Código del Menor*, en el que se tomaron como base los derechos fundamentales reconocidos por la Declaración de los Derechos del Niño,⁷ establece en su artículo 1° que la minoría de edad se fija hasta antes de los 18 años, ello nos lleva a entender, que la persona que no ha cumplido 18 años se considera *menor* y no *niño*, ante lo cual para la legislación de esta entidad federativa, la figura del *menor* se encuentra en un plano superior y genérico, que no distingue entre una persona de tres, siete, catorce o dieciséis años de edad.

El Código Civil del Estado de Chihuahua nos indica que en materia civil, la minoría de edad se establece a los dieciocho años. Para el caso específico del artículo 137 del mismo ordenamiento, se reitera que una

* Cfr.- PEREZ DUARTE, Alicia Elena.- Derecho de Familia.- Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1994. p. 53.

persona para contraer matrimonio, debe haber alcanzado la edad de 18 años sin embargo, encontramos que para los casos de reconocimiento de un hijo con posterioridad al registro del mismo, se requiere del consentimiento del menor cuando éste es mayor de catorce años y si es menor de esta edad, se requiere además del consentimiento de quien ejerza la patria potestad o la tutela, según el artículo 74 del mismo ordenamiento.

Asimismo en ésta entidad federativa, existe también una disposición muy importante como es el artículo 247 del Código Civil, en la que se determina que en materia de custodia de un menor, los hijos menores de 7 años de uno y de otro sexo quedarán en poder de la madre, pasada esta edad y hasta los 14 años, los hijos varones irán con el padre y las hijas con la madre. Una vez que los hijos tengan la edad de 14 años o más cualquiera que sea su sexo, decidirán por ellos mismos.

Las disposiciones anteriores, nos llevan a concluir que el concepto de menor es utilizado de la misma forma como en las anteriores legislaciones, pues es el término más adecuado para nuestra normatividad nacional. Por otro lado, del Código Civil de Chihuahua se desprende que existe un trato diferente para los casos de matrimonio, para los casos de custodia y para los casos de reconocimiento, tomándose muy en cuenta la edad de los menores para dar solución a su situación concreta.

Analicemos ahora el ordenamiento civil del Estado de Nuevo León, y comencemos por la edad que se requiere para contraer matrimonio y que según el artículo 148 del Código Civil de este Estado, es la de 16 años para los hombres y de 14 para las mujeres.

Entre las cuestiones en las que es necesario tomar en cuenta el consentimiento del menor, esta el reconocimiento de los hijos con posterioridad a su registro, para el que el artículo 78 del Código Civil establece la edad mínima de 14 años; por otra parte el artículo 414 señala que en las separaciones de los padres, se establece que los menores de 7 años deben quedar al cuidado de la madre, cuestión que difiere de la establecida por la legislación civil del Estado de Chihuahua, para la que además de lo anterior, se pide el consentimiento del mayor de 14 años, con relación a la persona que cuidará y guardará de él.

En el Estado de Querétaro por su parte, la minoría de edad se considera a los 18 años según el artículo 141 de su Código Civil, edad mínima que se fija para contraer matrimonio; al igual que para el Estado de Nuevo León, los mayores de 14 años tienen derecho de expresar su consentimiento para los casos de reconocimiento posterior a su registro, según lo señala el artículo 89 del ordenamiento en cita; asimismo a la edad de 7 años los hijos pueden expresar su opinión en materia de custodia tal como lo expresa el artículo 265 en su 2° párrafo.

El Código Civil para el Estado de Jalisco en su artículo 262, prevé también los 18 años como límite de la minoría de edad, pero de este ordenamiento se desprende, específicamente del artículo 22, que los 14 años es edad suficiente para que los hijos decidan y tengan suficiente juicio de la realidad, para ser considerados como adolescentes.

El 29 de mayo del 2000 en nuestra República Mexicana, fue reformado el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, para quedar por un lado como Código Civil para el Distrito Federal y por otro como Código Civil Federal, éste último consagra en su título décimo denominado *'De la emancipación y de la mayor edad'*. en su artículo 646, que *"la mayor edad comienza a los dieciochos años cumplidos"*. Por lo que podemos decir que existe ya en nuestro país en materia civil, un criterio uniforme con respecto a la edad que debe ser tomada como límite, para que una persona sea considerada mayor y menor de edad.

Ahora bien el concepto de menor que establece la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal para el año 2000, que fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 31 de enero del 2000, refiere lo siguiente en su artículo 3 fracción XVII:

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

XVII. Niña o Niño: A todo ser humano menor de 18 años de edad;

Retomemos entonces los criterios ya planteados de algunos ordenamientos de la República Mexicana en el orden civil, con los que podemos rescatar como conclusión que el término de "*menor*", es el más adecuado para formar parte de los ordenamientos jurídicos en materia civil, por ser el que describe, según los conceptos de menor analizados anteriormente, lo que la materia jurídica requiere para especificar la normatividad relativa a ellos, sin embargo; no perdamos de vista que dentro de la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, el concepto de "*niña y niño*" se regula equiparándolo al de "*menor*", por lo que a nuestra consideración sería más coherente que dicha ley fuera armónica con los ordenamientos de las entidades de la República, en virtud de que el término de niño, es determinante en materias de tipo sociológico, amén de que con este término, analizado a simple vista, se está orillando a las personas que se encuentran en la adolescencia y la juventud, jurídicamente consideradas en la etapa de la menor edad.

3.2.2. El interés superior del menor y el respeto a la opinión del menor.

En el ordenamiento jurídico mexicano los principios del *interés superior del menor* y del *respeto a la opinión del menor* como ya se señaló, surge a partir de la celebración de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año de 1989 sin embargo, no se incluyeron dentro de las reformas y adiciones registradas en la legislación en materia civil de manera inmediata, sino que fue paulatinamente la forma en que se tomaron en cuenta, incluidos actualmente en programas y políticas muy dispersos realizados por parte del gobierno mexicano y que son dirigidos a la protección de los menores, así como a la vigilancia de sus derechos.

En nuestro país la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, únicamente señala con respecto de ambos principios, en el último párrafo de su artículo 4°, que *"Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas"*. Con ello, se establecen los derechos a la salud, a la protección y a la satisfacción de las necesidades de esta primera etapa de la vida de los seres humanos, más sin embargo no se consagra en ella disposición alguna que refiera de manera expresa ambos principios.

Con fundamento en este artículo 4° Constitucional, se publica el 29 de mayo del 2000 la "Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes" para la Federación, el Distrito Federal, lo Estados y los Municipios, misma que se rige por diversos principios entre los cuales se encuentra el del *interés superior de la infancia*.

El artículo 4° de dicho ordenamiento señala que en atención a este principio, las normas que sean aplicables a los niños, niñas y adolescentes, procurarán su cuidado y asistencia, para que alcancen un pleno desarrollo y crecimiento dentro de los ambientes familiar y social; establece que los adultos en el ejercicio de sus derechos no podrá condicionar el ejercicio de estos y señala que atenderán al respeto del principio del *interés superior*.

Por otro lado esta misma Ley, establece la participación de los menores en las cuestiones que les afecten, como es el derecho a expresar su opinión y agrega que este derecho debe implicar, que se les tome su parecer respecto de los asuntos que les afecten y respecto del contenido de las resoluciones que les conciernen, además de ser escuchados y tomados en cuenta sus opiniones y propuestas respecto de los asuntos familiares y de su comunidad.

Por otra parte y en virtud de ésta Ley, se crean instituciones con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de los derechos establecidos en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

El 31 de enero del 2000 se publica en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, la "Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal para el año 2000", la que tiene por objeto garantizar y promover el ejercicio de los derechos de los menores, establecer los principios que orienten las políticas públicas a favor de estos y fijar lineamientos y bases, para la instrumentación y evaluación de políticas y acciones de defensa y representación jurídica, por parte de los órganos de gobierno a favor de los menores.

De la misma forma esta Ley se rige por diversos principios para su interpretación y aplicación, entre los que destaca el del *interés superior de las niñas y niños* y según lo establece el artículo 4° de la misma, este principio implica dar prioridad al bienestar de los menores ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio.

Este principio deberá orientar la actuación de los órganos locales de gobierno, encargados de las acciones de defensa y representación jurídica, provisión, prevención, protección especial y participación de los

menores, reflejándose en los rubros de asignación de recursos públicos para programas sociales relacionados con las niñas y niños, su atención en los servicios públicos y en la formulación y ejecución de políticas públicas relacionadas con ellos.

Por su parte esta Ley señala también en su Capítulo II *De los Derechos*, artículo 5° inciso B) fracción VI, que los menores en el Distrito Federal tienen derecho a emitir su opinión en todos los asuntos que les afecten, así como a ser escuchados en atención a su edad y madurez en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea *directamente* o por medio de representante.

Así también como en materia federal, en el Distrito Federal los órganos encargados de dar cumplimiento y promoción a las políticas mencionadas serán, el Jefe de Gobierno, la Secretaría de Desarrollo Social, la Secretaría de Salud, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del D. F., los Jefes Delegacionales, todos ellos en sus respectivas competencias creándose de la misma forma, el Consejo Promotor de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, el cual tiene como facultades proponer programas en beneficio de los menores, proponer mecanismos e instrumentos tendientes a la consecución de aportaciones, con el propósito de cumplimentar dichos programas, lo anterior en busca del mejor interés del menor.

Por su parte el Código Civil Federal, incluye el principio del *interés superior del menor* dentro de los preceptos destinados a la custodia de los menores en caso de separación de los padres, en los casos de adopción, en caso de convivencia con los menores o bien la regulación del régimen de visitas, en los casos de juicios de interdicción o de Tutela.

Sin embargo y en contraposición con las leyes analizadas, es de hacer notar que ningún artículo del Código Civil Federal, preceptúa ni describe al *interés superior del menor* de manera expresa, sino únicamente se hace el señalamiento en varios preceptos de dicho principio, sin mencionar en que consiste el mismo y que es lo que implica en la práctica su observancia.

Asimismo en virtud del respeto que debe otorgarse a la *opinión del menor*, no existe precepto alguno que haga mención respecto de este principio y podemos decir que únicamente en materia de adopción y de reconocimiento de hijos se habla de pedir el consentimiento de los menores. Para el caso de reconocimiento se pide al hijo mayor de edad su consentimiento para ser reconocido por el padre; en las cuestiones de adopción de un menor de más de 12 años, también se pide su consentimiento.

Al respecto de la ya mencionada "Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", que señala en su artículo 5° inciso B) fracción VI, que los niños y niñas en el Distrito Federal tienen derecho a emitir su opinión en todos los asuntos que les afecten, así como a ser escuchados en virtud de su edad y madurez en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea *directamente* o por medio de representante, encontramos que existe una contrariedad respecto de lo que señala textualmente el artículo 424 del Código Civil Federal, *"El que está sujeto a la patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez"*.

En virtud de lo anterior observamos la contradicción existente en ambas disposiciones, ya que mientras una de ellas permite expresar su opinión de manera directa ante los órganos judiciales y administrativos, la otra la omite y expone además que tal decisión en caso de no haber acuerdo será resuelta por el Juez, lo que nos da una clara muestra de la falta de aplicación por desconocimiento de las autoridades encargadas de administrar justicia, respecto de la normativa dirigida a la protección de las personas menores de edad, ya que omiten completamente el tomar en cuenta las opiniones del menor.

Finalmente en lo que concierne al principio del *interés superior del niño y al respeto que debe tenerse para con la opinión del menor*, dentro del Código Civil para el Distrito Federal, observamos que ambos son considerados dentro de los preceptos dedicados al contenido que debe tener la sentencia definitiva, en los casos de divorcio con relación a la situación de cuidado en que quedarán los menores después de la separación de sus padres.

También se establece la importancia de estos principios dentro de las disposiciones referentes a la adopción, así como en los casos de separación de los que ejercen la patria potestad de los menores, exclusivamente en la determinación de quien quedará al cuidado de éstos y, por último, se establece también para los casos de la designación de las personas que quedarán como tutores cuando no exista quien la ejerza.

Es importante señalar que en la mayoría de los casos establecidos por el Código Civil para el Distrito Federal, en los que se considera de manera específica el *interés superior del menor*, éste se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la *opinión del menor*, como elemento primordial para determinar tal o cual resolución por parte de los jueces en atención al mejor beneficio de los menores, dentro de las situaciones que ante ellos se presentan y en las que se encuentra afectado de manera directa un menor de edad.

Sin embargo, la inclusión de los principios en los Códigos Civiles Federal y del Distrito Federal es todavía muy vaga, lo que a nuestro parecer es incorrecto, porque con fundamento en las disposiciones de los Códigos Civiles, es que las autoridades encargadas de administrar justicia dictan sentencias y resoluciones en diversas ocasiones de manera discrecional, que atentan directamente contra los derechos de los menores establecidos por la Convención, resultado de la falta de inclusión y obligatoriedad de tales principios, por ello consideramos que la discrecionalidad que estas autoridades utilizan, es un factor determinante que evita la correcta aplicación de las disposiciones de estos códigos, ya que son sólo algunos y no todos los funcionarios que observan y dictaminan con base y en atención de tales principios, si lo que se pretende es encontrar una armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño, estos principios deben ser preponderantes en la solución de los procesos de custodia.

Entonces podemos señalar que en nuestra legislación civil en la actualidad, puede observarse que con la existencia de las disposiciones que hemos señalado, subsisten todavía ciertos aspectos referentes a los menores que no han sido considerados y revisados, como es el caso de que tales principios no hayan sido valorados verdaderamente en la práctica jurídica mexicana, principalmente dentro de los procesos de otorgamiento de custodia de menores, dentro de los cuales y en opinión personal, deben servir siempre de guía para la aplicación de las normas, para empezar a

otorgarles la importancia debida a los derechos dirigidos a la protección legal de los menores, por el simple y solo hecho de ser seres que requieren de la mayor protección posible por su falta de desarrollo y quizá capacidad para hacer valer por sí mismos sus necesidades y derechos.

Otra consideración importante, para evitar este tipo de cuestiones muy dadas a nivel ejercicio de la administración de justicia, es que se procure la integración en un mismo ordenamiento de toda la normatividad relacionada con la protección de los derechos de los menores, que incluya los códigos civiles y de procedimientos con inclusión principal de la Convención sobre los Derechos del Niño y formar un Código uniforme de protección de menores para toda la República, al que se le de continuidad para favorecer el conocimiento y la aplicación efectiva de todos sus derechos, a fin de armonizar, tanto a nivel estatal, nacional e internacional los principios consagrados en los artículos 3° y 12° de la Convención, para evitar así un sinnúmero de violaciones a los derechos de los menores en México.

Acorde con lo anterior, es importante que todos los funcionarios encargados de la administración de la justicia a nivel local y federal, tengan cierta capacitación para la comprensión de la normativa internacional relativa a la justicia de menores, a fin de que ésta tenga verdadera y efectiva

aplicación en las resoluciones dictadas en los procesos en que se afecta directamente a un menor de edad.

Con relación al principio del *respeto a la opinión del menor* en las legislaciones tanto nacionales como internacionales y después de analizar su inclusión en éstas, se puede apreciar la poca importancia que a este principio se le da, tanto como elemento de prueba, de convicción en el Juzgador o simplemente, de confianza de los padres a los hijos de expresar sus puntos de vista y su forma de pensar, respecto de lo que ellos consideran como lo más adecuado para su persona, siempre acorde a su edad, madurez y juicio propio tal y como se encuentra establecido por la Convención.

En nuestra regulación civil, encontramos que después de la última reforma al Código Civil del Distrito Federal, el principio del *respeto a la opinión del menor*, se encuentra consagrado dentro de diversas disposiciones como las relativas a la custodia, a las cuestiones de patria potestad, divorcios o separación de los progenitores, para lo cual no es necesario que se tome en cuenta una edad específica del menor para poder tomar en cuenta su opinión, sino que aquí se toma como punto de partida para la participación del menor en los procesos jurídicos, la madurez del mismo, por lo que se presume que los jueces y magistrados hacen uso de sus facultades discrecionales al momento de solicitar la comparecencia de

los menores ante su presencia, comparecencia que en la práctica procesal mexicana, es casi siempre ante el juez y en algunas ocasiones en presencia de trabajadores sociales que en determinado momento lo apoyan en la toma de las decisiones.

El hecho de que únicamente se prevea este principio dentro del Código Civil del Distrito Federal, solamente nos dice una cosa; que ello es consecuencia de la falta de conocimiento de la Convención por parte de las autoridades y de la sociedad, ya que si bien nuestra Constitución Federal no refiere nada acerca de la obligación que tienen las autoridades de proteger los derechos básicos de las personas menores de edad, es muy difícil que las leyes ordinarias lo tomen en cuenta y más aún las autoridades directamente encargadas de impartir justicia, por lo que es evidente que no se aplica correctamente el artículo 12° de la Convención.

Lo anterior nos lleva a concluir que México, puede incurrir en incumplimiento a una norma internacional que dispone que se hagan valer todos y cada uno de los preceptos y derechos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que no basta que la Constitución Federal Mexicana señale en su artículo 133 que *"todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión"*. Es decir, no basta que se diga que la

Convención sobre los Derechos del Niño sea ley suprema, sino que es obligación del Estado Mexicano procurar que la Convención sea armónica y aplicable en la legislación mexicana, por medio de otras leyes ordinarias, estableciéndose en ellas específicamente lo que la propia Convención refiere, en virtud de que el tratado es ya ley suprema de toda la Unión, si atendemos a lo establecido por el artículo 133 Constitucional cuando dice: *"...Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados"*.

3.2.3. La Custodia.

La *custodia*, es una figura que en el Derecho Familiar mexicano tiene especial relevancia, a pesar de no encontrarse regulada como una institución independiente, pues la custodia está dirigida a la atención de la niñez como complemento de la patria potestad y en estrecha relación con ella. El sentido que se le da es precisamente la guarda de una persona con toda diligencia y cuidado. Se le define como *"el derecho y la obligación que tiene una persona de dar alojamiento y conservar con ella a un menor, o bien, de establecer su residencia en otra parte"*.⁸

⁸ PEREZ DUARTE, Alicia Elena. Derecho de Familia. - Edit. Fondo de Cultura Económica, México 1994. p. 229.

Al efecto quisiéramos comenzar por establecer lo que señala, con respecto a la "custodia", nuestro Código Civil Federal en su artículo 416, *"En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores... En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial."*

Del artículo citado, no se desprende que exista el concepto de *custodia* de manera independiente al de la patria potestad, ni una clara visión de lo que implica en sentido amplio dicha figura, dado que siempre aparece a la par de esta institución; en la doctrina mexicana, tampoco encontramos definiciones que nos permitan comprender mejor su ejercicio, lo que ocasiona un sin fin de confusiones sobre todo tratándose de la institución de la patria potestad.

Por otra parte, los derechos y obligaciones que encierra el ejercicio de la *custodia* y que se han analizado en el capítulo 2, son facultades que pueden de alguna manera confundir, por la estrecha relación que existe entre ésta con las instituciones de la patria potestad y la tutela, ambas reguladas por nuestros Códigos Civiles; por ello, es necesario que

hagamos referencia a estas dos instituciones y marcar su diferenciación, con respecto a la figura en estudio.

La patria potestad es regulada en la República Mexicana por nuestro ordenamiento civil y en la doctrina, es considerada como *"la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley le otorga e impone a los ascendientes con respecto de la persona y bienes de sus descendientes menores de edad"*⁹.

La institución de la Custodia está regulada por el Título Octavo de nuestro Código Civil Federal; específicamente en el artículo 413 de este ordenamiento, establece lo siguiente: *"La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten..."*.

El criterio señalado por el artículo anterior, es quizá el aspecto que puede de alguna manera, considerarse como el elemento que implica la relación existente entre la patria potestad y la *custodia*, llamada por nuestros Códigos Civiles, como *"guarda"* en algunas ocasiones, o bien; como *"custodia"* en otras.

⁹ MONTERO DUHALT, Sara.- *Derecho de Familia*. - Edit. Porrúa, México 1990. p. 339.

Lo anterior debido a que además de que la *custodia* es una figura que se involucra a la par de la institución de la patria potestad, el ejercicio de ella, implica la observancia de los derechos y obligaciones a los que ya hicimos alusión anteriormente, de la misma forma que tratándose del ejercicio de la patria potestad, por otra parte es importante manifestar, que la *custodia* es una figura que subsiste a la separación de las personas que ejercen la patria potestad sobre los menores o bien a falta de los progenitores, derecho que no puede suspenderse por ese solo hecho, sino por causas específicas señaladas en el ordenamiento civil, es por ello que no debemos confundir esta figura, pero tampoco la podemos tratar según el ordenamiento citado, de manera independiente de la institución de la patria potestad.

Existe además, una característica señalada por nuestra legislación, que implica una de las grandes diferencias entre la institución de la patria potestad y la figura de la *custodia*, consistente en que, mientras la primera es la facultad y derecho otorgado a los ascendientes para brindar asistencia y protección a la persona y los bienes de los progenitores; la segunda únicamente se ejerce para brindar asistencia y protección sobre la persona de los menores y nunca sobre sus bienes.

La tutela por su parte, es otra de las instituciones que regula nuestro ordenamiento civil y que al igual que la patria potestad, encuentra ciertas características que la relacionan con la *custodia*.

La palabra tutela, procede del verbo latino *tueor* que quiere decir defender o proteger, es un cargo que la ley le impone a las personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad incapacitados.

El artículo 449 de nuestro Código Civil Federal, señala que *"el objeto de la tutela, es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos"*.

Entendemos entonces, que mientras la patria potestad surge como el conjunto de facultades que tienen los ascendientes de cuidar y proteger a la persona de los menores y de sus bienes, en virtud del vínculo afectivo que surge de manera natural de los padres hacia sus hijos, la tutela es una institución que surge, según nuestro ordenamiento civil, como un cargo de interés público.

Por lo que, *"la patria potestad y la tutela aparecen, aquella como institución principal y ésta como subsidiaria. No hay lugar a tutela, mientras*

exista quien ejerza la patria potestad; sólo se puede organizar la tutela cuando falta ésta".¹⁰

La tutela y la *custodia*, encuentran similitud específicamente en los mismos aspectos que con la patria potestad, con excepción de que en la tutela, hablamos de personas incapaces, menores o mayores de edad, por lo que en la patria potestad y la *custodia*, la persona necesariamente debe encontrarse en la etapa de la minoría de edad.

Por otra parte, es de suma importancia tomar en cuenta que en los casos de desintegración de la familia, ya sea por divorcios o separaciones de los padres, aún cuando no hayan vivido en matrimonio, o bien por la falta de los progenitores, las consecuencias que los hijos sufren directamente, son situaciones que muy difícilmente pueden superar, a no ser que posteriormente sean atendidos y apoyados tanto por los padres como por psicólogos o trabajadores sociales, más sin embargo el daño, como es el temor de quedar abandonados o solos ya estará consumado.

Algunas medidas que coadyuvan a la existencia de estos temores, son aquellas resoluciones dictadas en los procesos de designación de *custodia*, en las que se priva casi por completo a uno de los progenitores

¹⁰ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso.- Edit. Porrúa, México 1995. p. 695.

de la convivencia con el menor, otorgándole al otro su cuidado y las facultades casi exclusivas del ejercicio de la patria potestad, lo que provoca el distanciamiento entre éstos y por consiguiente, el sentimiento de soledad en los menores.

Cuando ello sucede y máxime cuando los menores se encuentran en las edades de 2 a 6 ó 7 años, el progenitor que no ha quedado al cuidado del hijo, puede experimentar un desinterés y al no convivir con éste, se convierte en un completo desconocido y extraño. Y cuando el menor se encuentra en una edad mayor, quizá muestre rencor hacia su progenitor, en virtud de que puede verse influenciado por los rencores ocasionados por la separación de sus padres.

Así como puede ser otorgada la *custodia* a uno de los progenitores, también puede perderse por situaciones que vayan en contra del desarrollo y bienestar del menor. La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala en la tesis dictada en el amparo directo 4948/69 el 1° de julio de 1970, bajo el rubro de MENORES, PERDIDA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS, AL PADRE QUE PROFIERA AMENAZAS DE MUERTE,¹¹ que la *custodia* puede perderse por el hecho de que el padre profiera amenazas de muerte a su hijo y más aún, cuando éste es de corta

¹¹ Cfr. Semanario Judicial de la Federación - tomo 19° - 4ª parte - 7ª época - 3ª Sala. p. 40.

edad, debido a que ello constituye un acto sumamente grave, por la fuerte impresión que puede causar en la mente del menor, situación que no sólo no debe reiterarse, sino impedirse a toda costa para evitarle mayores males o traumas.

Otra situación que puede dar pie a la pérdida de la custodia, es la que señala el artículo 282 fracción VII segundo párrafo del Código Civil Federal, cuando dice que *"Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre"*.

En tal caso se entiende que el padre perderá dicha custodia, hasta en tanto el menor no cuente con una edad mayor a la de los siete años y sea tomada su opinión para decidir si deberá habitar y estar bajo los cuidados de su padre.

Este precepto también nos señala que para el supuesto de que el menor de siete años corra peligro al estar bajo la custodia de su madre, ésta quedará eximida de ejercerla, pero si no se demuestra que es así, deberá concedérsele a la madre tal como lo establece la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis dictada en el amparo directo 8362/87 el 15 de diciembre de 1987, bajo el rubro de GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE 7 AÑOS. SALVO PELIGRO PARA SU

NORMAL DESARROLLO DEBE OTORGARSE A LA MADRE,¹² dado que si no se acredita fehacientemente que la madre incurre reiteradamente en conductas u omisiones que afecten el normal desarrollo de su hijo menor de siete años, la custodia debe otorgársele a ésta.

En la actualidad debe prevalecer el respeto a sus derechos y como ya lo mencionamos, se debe atender al mejor *interés del menor* en todas las cuestiones en que se vea afectado, por virtud de su falta de madurez y desarrollo y en razón de su edad, representándolo con respeto en aquellas situaciones jurídicas en que por ley un menor está impedido para solucionarlas por sí mismo.

Una de estas cuestiones que llegan a dilucidarse por la vía judicial en algunos casos es la *custodia* de los menores, procesos en los que previo a su resolución y dictamen final, ya sea de divorcio, de alimentos o de patria potestad, distan mucho de encontrar durante su trámite un sinnúmero de conflictos entre los progenitores del o de los menores y en los que en muchas ocasiones es utilizado al hijo, como objeto de venganzas y rencores personales entre los padres.

¹² Cfr.- Boletín Judicial de la Federación - tomo 1.- 1ª parte-1, Enero a Junio de 1988.- 8ª época.-3ª Sila. p. 364.

Ahora es necesario que hagamos algunas acotaciones con relación a la aplicación o falta de ésta, dentro de la legislación mexicana, específicamente del párrafo 1 del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que es importante señalar las cuestiones que interfieren en la aplicación de la Convención en relación con ésta figura y algunas consideraciones personales para su mejor efectividad.

En la legislación mexicana, nos podemos dar cuenta de que existen todavía cuestiones que no van acorde con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Principalmente, nuestra legislación no cuenta con una definición de *custodia* y no contamos con una regulación específica de la misma, sino simplemente con disposiciones dispersas y esporádicas en los Códigos Civiles tanto federal como locales, que nos muestran la clara falta de importancia que se le da a dicha figura en nuestro ordenamiento, además de regirse la misma con base en las disposiciones de la patria potestad.

Lo anterior repercute directamente en los procesos jurídicos, de separación de los padres, de solicitud de patria potestad, etcétera; en los que la suerte de la figura en mención siempre es accesoria y secundaria. Ello constituye la falta de atención que tanto a esta figura como a la persona de los menores se presta en nuestro país.

Como hemos referido anteriormente, no se puede dar pronta y eficaz solución a un proceso jurídico en el que se está en pugna por la *custodia* y cuidado del menor, cuando en una legislación como es la nuestra, no existen disposiciones específicas y precisas que atiendan a la solución del problema y si por el contrario, retrasan y provocan el estancamiento del juicio por la falta de opciones y recursos legales que den celeridad al asunto y busquen el mejor beneficio del menor.

El hecho de que en México las cuestiones de *custodia* se resuelvan en juicio, provisionalmente en la vía incidental, no implica que dicha resolución sea la que va a resultar la definitiva al finalizar el proceso y entonces resulta, que si en la sentencia interlocutoria se le otorgó la *custodia* al padre y al final del proceso, resulta que siempre no y se le debe otorgar a la madre, entonces el menor tiene que volver a acostumbrarse al cambio de residencia y de vida en general; ello sin tomar en cuenta que tanto la sentencia definitiva como la interlocutoria son sujetas de diversos recursos que las puedan modificar.

En relación a lo anterior, encontramos que en México, no se cumple con lo establecido por la Convención cuando dice en su artículo 3° primer párrafo: *"En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades*

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".¹³

Por otra parte, la Convención sí permite la separación de los menores cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del menor, sin embargo ni siquiera las mismas autoridades saben el valor que se debe otorgar a dicho principio, en virtud de que la misma legislación no establece de manera clara que debe ser observado primordialmente por sobre cualquier norma y más aún, cuando se trata de dictar resoluciones que atentan contra la estabilidad emocional, física y familiar de un menor y por el contrario, en la práctica los jueces y magistrados familiares dictan y dictan resoluciones en un mismo juicio, en diversas instancias en las que el resultado es el cambio de *custodia* de los menores y por consiguiente de residencia, de hábitos y costumbres, sin perder de vista que tienen que convivir con diversas personas que tienen maneras de pensar diferente y opiniones distintas a las de sus progenitores y a las cuales se tienen que acostumbrar.

Es entonces que las normas que abordan el tema de la *custodia* en nuestros Códigos Civiles, deben ser revisadas y en su caso modificadas a fin de que se incluya en ellas el peso y valor que se debe dar a los

¹³ Diario Oficial de la Federación, 25 de enero de 1991, Decreto promulgatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño.

principios del interés superior del menor y del respeto a las opiniones de los menores, para que las autoridades encargadas de administrar justicia tengan los elementos suficientes para apoyarse y dar mayor celeridad a los procesos en que se afectan los derechos de los menores, así como el de otorgar una efectiva solución al mismo.

3.3. Necesidad de reformar la legislación mexicana en materia de custodia.

Al hablar de *custodia de un menor*, no hablamos únicamente del derecho de éste a ser cuidado, educado, alimentado y protegido en su persona, sino también hablamos de la existencia de varios elementos que se conjugan al momento de dictar una sentencia de otorgamiento de *custodia* a determinado progenitor o bien, a determinada persona; elementos que según nuestro propio criterio deben ser valorados en razón de encontrarse estipulados por la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento jurídico internacional que debería de servir a nuestro país como a la mayoría de las naciones del orbe, como marco jurídico de referencia al momento de resolver cualquier cuestión relativa a los derechos de los menores, los elementos a los que nos referimos ya ampliamente, son los principios del *interés superior del menor* relacionado con el del respeto a *la opinión del menor*.

También señalamos ya, que en México únicamente en el territorio del Distrito Federal se prevén dentro de su Código Civil algunas disposiciones relativas a la *custodia* que consagran la combinación de los principios del *interés superior del menor* y del *respeto a la opinión del menor*, pero también encontramos que en esta regulación civil, como en las regulaciones federal y locales, se omite por completo su inclusión como elementos guía y determinantes para el otorgamiento de la *custodia*.

En principio, porque ni siquiera la figura de la *custodia* encuentra una definición precisa ni una reglamentación determinada dentro de los ordenamientos federal y locales y mucho menos, las escasas disposiciones refieren de manera adecuada los principios del *interés superior del menor* y del *respeto a la opinión del menor*, lo cual constituye el principal factor de preocupación cuando en la práctica procesal de nuestro país se ven estancados un número considerable de juicios ya de divorcio, de alimentos, de solicitud de la patria potestad, etcétera; en los juzgados familiares a los cuales no es posible dar una solución adecuada, por encontrarse los jueces que en la normativa a aplicar, no existen disposiciones específicas en las cuales se puedan apoyar para dictar una sentencia acorde a la problemática planteada.

Es entonces cuando buscamos dentro de nuestros códigos, alguna norma que le sea aplicable, lo cual es difícil y sin embargo pudimos

encontrar que en el Derecho Internacional existe una Convención que se encuentra firmada por México y que además de otorgar la posibilidad de escuchar a un menor, exige a los jueces que se aplique el principio del interés superior del menor y otorga a las autoridades facultades discrecionales que deberán ser utilizadas con la única salvedad de que sus determinaciones nunca afecten ni vayan en contra de los derechos y disposiciones consagradas en la Convención.

Pero si encontramos además que la Convención -que es Ley Suprema en virtud del artículo 133 Constitucional-, que podría ayudar a solucionar el problema, es del total desconocimiento de los jueces, magistrados y autoridades administrativas, además de que sus disposiciones no se encuentran lo suficientemente establecidas en nuestra legislación y únicamente los organismos como UNICEF de México, la ONU de México, o la Secretaría de Relaciones Exteriores tienen conocimiento de ella y para algunos de ellos el conocimiento es muy irrisorio.

Cómo entonces podemos entender que a más de 10 años de la adopción de esta Convención por parte de nuestro país, sean muy pocas las disposiciones que de ella se cumplen y que en México, existan todavía un cúmulo cada vez más grande de juicios en los que se solicita la *custodia* del menor, que no encuentran solución y que se empantanar en los tribunales familiares.

Es preciso que nos cuestionemos, que si existe una norma internacional que nos sirve de marco legal para solucionar uno o varios casos en particular, entonces ¿por qué no aplicarla?, ¿por qué el desconocimiento de ella por parte de los encargados de administrar e impartir justicia?, ¿por qué la falta de promoción de la misma entre el público en general?, ¿por qué no realizar una revisión y reforma profunda de las normas relativas a la *custodia de los menores*? y ¿por qué no tomar en cuenta los principios del *interés superior del menor* y del *respeto a la opinión del menor* en las disposiciones relativas al otorgamiento de la *custodia* de un menor?

Importante entonces es retomar lo que resolvió el mismo Comité de los Derechos del Niño en sus recomendaciones a México, después de que nuestro país presentó su segundo informe periódico en el año de 1998, cuando dice: *"...Sigue preocupando al Comité que estos principios no se apliquen plenamente. El Comité recomienda que se hagan renovados esfuerzos por garantizar la aplicación de los principios del "interés superior del niño" y del respeto de "las opiniones del niño", especialmente su derecho a intervenir en la familia, en la escuela y en otras instituciones sociales. Estos principios se deben recoger también en todas las políticas y programas relacionados con la infancia.*

Conviene reforzar la sensibilización del público en general, incluidos los dirigentes de la comunidad, así como los programas educativos sobre la aplicación de estos principios para modificar la percepción tradicional del niño, al que con excesiva frecuencia se considera un objeto (doctrina de la situación irregular) en vez de un sujeto de derecho.¹⁴*

Es necesario entonces realizar una revisión en la materia, que procure la inclusión de los principios analizados, como factores determinantes para el otorgamiento de la *custodia* y tomar en cuenta que cuando ninguno de los progenitores es capaz de ejercer este derecho, considerar a alguno de los abuelos paternos o maternos, a los tíos o bien a los primos, para evitar así la separación del menor de su entorno familiar y tomar como marco de referencia a la legislación civil de la República de Uruguay en este aspecto.

Esta legislación uruguaya como ya se mencionó, prevé que en caso de desacuerdo de los padres en relación con la *custodia* de los menores, el Juez puede resolver no concederla a ninguno de los progenitores y entonces otorgarla a los hermanos mayores de edad o bien, a los abuelos maternos o paternos, hecho que en México daría la posibilidad

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño, EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN: México. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, 10 de noviembre de 1999.- Documentes CRC/C/15/ADD.112 p.5.

de resolver un sin fin de juicios que a la fecha se encuentran enfrascados por el hecho de no lograr un acuerdo entre los padres en el ejercicio de la misma y que usan esta situación para manipular a la contraparte sin tomar en cuenta que se afecta directa y gravemente al menor, que no conforme con su situación inestable, debe de soportar cambios de residencia, pleitos frente a los padres y manipulaciones tanto de uno como del otro progenitor.

Cuestiones como éstas, son sólo algunas en las cuales puede sustentarse una revisión y reforma de las normas actuales relativas al otorgamiento de la *custodia de menores*, como son el Código Civil Federal así como los Códigos de Procedimientos Civiles de las entidades federativas que obliguen a los organismos encargados de administrar e impartir justicia, para que apliquen dentro de los procesos de otorgamiento de custodia los principios del interés superior del menor y del respeto a la opinión del menor, los cuales deberán servir de guía para dar solución a muchísimos juicios y por consiguiente, estabilidad tanto física como emocional a un buen número de menores en el país.

CONCLUSIONES

1. La *Convención sobre los Derechos del Niño* es el Tratado multilateral sobre derechos de la infancia más importante en la actualidad.

2. La *Convención sobre los Derechos del Niño* es una norma jurídica obligatoria tanto a nivel internacional como nacional para México, ya que constituye un principio de Derecho Internacional que los gobiernos de los Estados Partes armonicen su normatividad con este instrumento, a fin de asegurar el respeto de los derechos consagrados por la misma, tanto dentro como fuera de sus territorios.

3. Con base en el estudio realizado en el Capítulo 2 respecto del concepto de *menor y niño*, se concluye que el término de "*menor*" es el más adecuado cuando se habla de las personas menores de edad en el orden jurídico nacional e internacional, por lo que llegamos a proponer el siguiente concepto: "*Es toda persona humana o individuo que no ha alcanzado la edad de 18 años y que de acuerdo a su edad y madurez deben tener trato específico, respetando opiniones, intereses y derechos que por su capacidad legal en ocasiones no pueden ejercer por si mismos*".

4. Se propone, en consecuencia de lo señalado en el numeral anterior, que a fin de evitar confusiones, se reforme la legislación civil

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mexicana en la que se establezca de manera genérica el término de *"menor"*.

5. El *interés superior del menor*, debe ser el principio rector de toda norma jurídica concerniente al menor, establecido por el artículo 3° de la Convención y debe ser considerado, como factor primario cuando se afecte su esfera jurídica, entendiéndose por *interés superior*, lo que represente el mayor beneficio para él.

6. Proponemos que se defina, mediante una reforma al Código Civil Federal y a los Códigos Civiles y de Procedimientos Civiles locales, en qué consiste y qué es lo que implica la observancia del *"Principio del interés superior del menor"*, por parte de las autoridades encargadas de hacer valer estos ordenamientos.

7. El *respeto a la opinión del menor*, es el principio consagrado en el artículo 12° de la Convención, el que constituye el derecho de los menores a expresar su punto de vista y a ser tomado en cuenta, como factor determinante para la toma de decisiones, por parte de las autoridades, instituciones y la sociedad en general, en las cuestiones en que se afecte a un menor, por lo que proponemos lo siguiente: *"es la facultad que se debe otorgar a los menores de edad de proporcionar sus puntos de*

vista de acuerdo a sus intereses y en razón de su edad, madurez y juicio propio alcanzado".

8. El *respeto a la opinión del menor* además de considerarse como principio rector, debe considerarse como un elemento de valor probatorio obligatorio, dentro de los procesos de otorgamiento de custodia y aplicado, con base en la edad, madurez y juicio propio del menor.

9. La normatividad civil federal y local en algunas entidades de nuestro país, relativa a la *custodia* de menores, atenta contra el artículo 9° segundo párrafo de la Convención y contra los principios establecidos en sus artículos 3° y 12°, al no considerarse ni tomarse en cuenta la *opinión de los menores* en los procesos de otorgamiento de custodia, por lo que se propone una reforma a dichas normas, en virtud de constituir principios básicos universales.

10. Se propone que exista la especialización en materia de derecho y protección de menores, del personal de algún organismo que asista y coadyuve a nuestras autoridades encargadas de impartir justicia, tal como lo puede ser el DIF, a fin de que estas autoridades se encuentren en la posibilidad de dictar resoluciones en los procesos de otorgamiento de custodia, más apegadas a la realidad y a las necesidades de los menores.

11. Considero necesario que la supervisión y vigilancia del Comité de los Derechos del Niño en la aplicación de los principios y derechos de los menores consagrados por la Convención, dentro de los ordenamientos de las Partes, sea más directa y eficaz a fin de que se procure la armonía de los ordenamientos internos e internacionales, siempre bajo el respeto al principio de soberanía de los Estados.

"Por mi raza hablará el espíritu".

Verónica González Olvera.

ANEXOS

Anexo 1

Texto completo de la Convención sobre los Derechos del Niño¹

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49

Proámbulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y

¹ Página de internet: <http://www.unicef.org/spanish/>, tema: La Convención sobre los Derechos del Niño.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración.

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño.

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo.

Han convenido en lo siguiente.

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no traiga por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traiga consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país (incluido el propio) y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que este en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes

a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;

b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;

c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;

d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;

e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

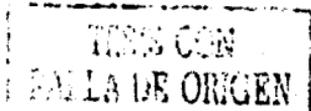
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes



las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen.

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatus de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
- f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A esto respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.
2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
 - a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
 - b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
 - c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
 - d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
 - e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.
2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deba estar encaminada a:
- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
 - b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
 - c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
 - d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
 - e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural
2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo

Artículo 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

ESTAS CON
LA DE ORIGEN

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño

2. Los Estados Partes adoptaran todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aun no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendran de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procuraran dar prioridad a los de mas edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la poblacion civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptaran todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado

Artículo 39

Los Estados Partes adoptaran todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicologica y la reintegración social de todo niño victima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevaran a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de si mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizaran, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra el y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales;

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las ordenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a) El derecho de un Estado Parte; o
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II

Artículo 42

Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.

2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.

3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figuraran por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarían en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años, inmediatamente después de efectuada la primera elección, el presidente de la reunión en que esta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

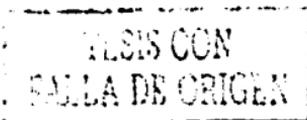
9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44



Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;

b) En lo sucesivo, cada cinco años

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45

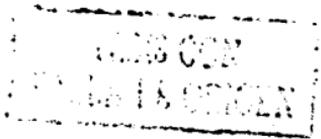
Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;

b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;

c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.



PARTE III**Artículo 46**

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47

La presente Convención esta sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas

Artículo 48

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositaran en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrara en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella despues de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrara en vigor el trigésimo día despues del deposito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión

Artículo 50

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que les notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes

3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demas Estados Partes seguiran obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibira y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 52

Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 53

Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 54

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

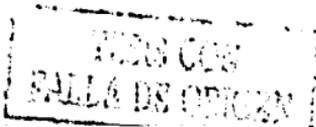
EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Anexo 2²

ESTADOS PARTE DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.		
1. Afganistán	51	El Salvador/
2. Albania	52	Emiratos Árabes Unidos
3. Argelia	53	Francia
4. Alemania/	54	Eslovaquia
5. Andorra	55	Eslovenia
6. Angola	56	España
7. Antigua y Barbuda	57	Estonia
8. Arabia Saudita	58	Francia/
9. Argentina/	59	Federación Rusa/
10. Armenia	60	Filipinas
11. Australia/	61	Filipinas
12. Austria/	62	Finlandia
13. Azerbaiyán	63	Francia
14. Bahamas	64	Gabón
15. Bahrein	65	Gambia
16. Bangladesh	66	Gambia
17. Barbados	67	Gambia
18. Bélgica/	68	Gambia
19. Belice	69	Gambia
20. Benin	70	Guatemala
21. Bután	71	Guinea
22. Bielorrusia	72	Guinea Bissau
23. Bolivia	73	Guinea Ecuatorial
24. Bosnia y Herzegovina	74	Guyana
25. Botswana	75	Haití
26. Brasil/	76	Holanda
27. Brunei	77	Honduras
28. Bulgaria	78	Hungría
29. Burkina Faso	79	India/
30. Burundi	80	Indonesia
31. Camboya	81	Irán
32. Camerun	82	Irak
33. Canadá/	83	Irlanda
34. Cabo Verde	84	Islandia
35. Chad	85	Islas Cook
36. Chile	86	Islas Marshall
37. China	87	Islas Salomón
38. Chipre	88	Israel
39. Colombia	89	Italia
40. Comoras/	90	Jamaica
41. Congo	91	Japón
42. Costa Rica	92	Kiribati
43. Costa de Marfil	93	Kazajistán
44. Croacia	94	Kenia
45. Cuba	95	Kiribati
46. Dinamarca	96	Kuwait
47. Djibuti	97	Kirguistán
48. Dominica	98	Letonia
49. Ecuador	99	Líbano
50. Egipto	100	Lesotho
		101. Liberia
		102. Libia
		103. Liechtenstein
		104. Lituania
		105. Luxemburgo
		106. Madagascar
		107. Malawi
		108. Malasia
		109. Maldivas
		110. Mali
		111. Malta
		112. Mauritania/
		113. Mauritius
		114. Mauritio
		115. México/
		116. Micronesia
		117. Mónaco
		118. Mongolia
		119. Mozambique
		120. Myanmar
		121. Namibia
		122. Nauru
		123. Nepal
		124. Nicaragua
		125. Níger
		126. Nigeria
		127. Niue
		128. Noruega
		129. Nueva Zelandia
		130. Omán
		131. Pakistán/
		132. Palau/
		133. Panamá
		134. Papua Nueva Guinea
		135. Paraguay
		136. Perú
		137. Polonia
		138. Portugal
		139. Qatar
		140. Reino Unido
		141. Rep. Árabe d Siria
		142. Rep. Centroti.
		143. Rep. de Corea
		144. Rep. de Moldavia
		145. Rep. China
		146. Rep. de Corea
		147. Rep. del Congo
		148. Rep. de Laos
		149. Rep. Dominicana
		150. Rep. de Tanzania

² Multilateral Treaties, Deposited with the Secretary General, Status as at 30 April 1999, ONU AG, Document ST/LEG/SER.E/17, p. 217 y 218.



ESTADOS PARTE DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.			
151	Rumania	165	Swazilandia
152	Ruanda	166	Sudáfrica
153	San Cristóbal y Nevis	167	Sudán
154	Santa Lucía	168	Suecia
155	Santa Sede	169	Suiza
156	Samoa	170	Surinam
157	San Vicente y las G.	171	Tailandia
158	San Marino	172	Tadzhikistán
159	Santo Tomé y Príncipe	173	Togo
160	Senegal	174	Tonga
161	Seychelles	175	Trinidad y Tobago
162	Sierra Leona	176	Túnez
163	Singapur	177	Turquía
164	Sri Lanka	178	Turkmenistán
		179	Tuvatu
		180	Uganda
		181	Ucrania
		182	Uruguay
		183	Uzbekistán
		184	Vanuatu
		185	Venezuela
		186	Vietnam
		187	Yemen
		188	Yugoslavia
		189	Zambia
		190	Zimbabue

f Son Estados con sistema político federal.- Ref.: Gran Enciclopedia Visual- tomos I, II, III y IV.- Equipo editorial.- Edic. 2001, Barcelona, España 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Anexo 3³

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación, adhesión a/	Fecha de entrada en vigor
Albanistán	27 septiembre 1990	28 marzo 1994	27 abril 1994
Albania	26 enero 1990	27 febrero 1992	28 marzo 1992
Alemania*	26 enero 1990	6 marzo 1992	5 abril 1992
Andorra	2 octubre 1995	2 enero 1996	1º febrero 1996
Angola	14 febrero 1990	5 diciembre 1990	4 enero 1991
Antigua y Barbuda	12 marzo 1991	5 octubre 1993	4 noviembre 1993
Arabia Saudita		26 enero 1996 a/	25 febrero 1996
Argelia	26 enero 1990	16 abril 1993	16 mayo 1993
Argentina	29 junio 1990	4 diciembre 1990	3 enero 1991
Armenia		23 junio 1993 a/	22 julio 1993
Australia	22 agosto 1990	17 diciembre 1990	16 enero 1991
Austria	26 enero 1990	6 agosto 1992	5 septiembre 1992
Azerbaijan		13 agosto 1992 a/	12 septiembre 1992
Bahamas	30 octubre 1990	20 febrero 1991	22 marzo 1991
Bahrein		13 febrero 1992 a/	14 marzo 1992
Bangladesh	26 enero 1990	3 agosto 1990	2 septiembre 1990
Barbados	19 abril 1990	9 octubre 1990	8 noviembre 1990

³ Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General, Status as at 30 April 1999, ONU AG, Documento ST/LEG/SER E/17, p. 217 y Pagina de internet http://www.unaef.org/spanish/tema/La_Convencion_sobre_los_Derechos_del_Niño

TEJES CON
FALLA DE ORIGEN

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del Instrumento de ratificación, adhesión a/	Fecha de entrada en vigor
Bielorrusia	26 enero 1990	1º octubre 1990	31 octubre 1990
Bélgica	26 enero 1990	16 diciembre 1991	15 enero 1992
Belice	2 marzo 1990	2 mayo 1990	2 septiembre 1990
Benin	25 abril 1990	3 agosto 1990	2 septiembre 1990
Bhután	4 junio 1990	1º agosto 1990	2 septiembre 1990
Bolivia	8 marzo 1990	26 junio 1990	2 septiembre 1990
Bosnia y Herzegovina**			6 marzo 1992
Botswana		14 marzo 1995 a'	13 abril 1995
Brasil	26 enero 1990	24 septiembre 1990	24 octubre 1990
Brunei Darussalam		27 diciembre 1995 a'	26 enero 1996
Bulgaria	31 mayo 1990	3 junio 1991	3 julio 1991
Burkina Faso	26 enero 1990	31 agosto 1990	30 septiembre 1990
Burundi	8 mayo 1990	19 octubre 1990	18 noviembre 1990
Cabo Verde		4 junio 1992 a'	4 julio 1992
Camboya	22 septiembre 1992	15 octubre 1992	14 noviembre 1992
Camerún	25 septiembre 1990	11 enero 1993	10 febrero 1993
Canadá	28 mayo 1990	13 diciembre 1991	12 enero 1992
Chad	30 septiembre 1990	2 octubre 1990	1º noviembre 1990
Chile	26 enero 1990	13 agosto 1990	12 septiembre 1990
China	29 agosto 1990	2 marzo 1992	1º abril 1992

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación, adhesión a/	Fecha de entrada en vigor
Chipre	5 octubre 1990	7 febrero 1991	9 marzo 1991
Colombia	26 enero 1990	28 enero 1991	27 febrero 1991
Comores	30 septiembre 1990	22 junio 1993	21 julio 1993
Congo		14 octubre 1993 a/	13 noviembre 1993
Costa Rica	26 enero 1990	21 agosto 1990	20 septiembre 1990
Costa de Marfil	26 enero 1990	4 febrero 1991	6 marzo 1991
Croacia**			8 octubre 1991
Cuba	26 enero 1990	21 agosto 1991	20 septiembre 1991
Dinamarca	26 enero 1990	19 julio 1991	18 agosto 1991
Djibouti	30 septiembre 1990	6 diciembre 1990	5 enero 1991
Dominica	26 enero 1990	13 marzo 1991	12 abril 1991
Ecuador	26 enero 1990	23 marzo 1990	2 septiembre 1990
Egipto	5 febrero 1990	6 julio 1990	2 septiembre 1990
El Salvador	26 enero 1990	10 julio 1990	2 septiembre 1990
Emiratos Árabes Unidos		3 enero 1997 a/	2 febrero 1997
Eritrea	20 diciembre 1993	3 agosto 1994	2 septiembre 1994
Eslovaquia**			1º enero 1993
Eslovenia**			25 junio 1991
España	26 enero 1990	6 diciembre 1990	5 enero 1991
Estonia		21 octubre 1991 a/	20 noviembre 1991

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación, adhesión a/	Fecha de entrada en vigor
Etiopía		14 mayo 1991 a/	13 junio 1991
Ex Republica Yugoslava de Macedonia***			17 septiembre 1991
Federación de Rusia	26 enero 1990	16 agosto 1990	15 septiembre 1990
Fidji	2 julio 1993	13 agosto 1993	12 septiembre 1993
Filipinas	26 enero 1990	21 agosto 1990	20 septiembre 1990
Finlandia	26 enero 1990	20 junio 1991	20 julio 1991
Francia	26 enero 1990	7 agosto 1990	6 septiembre 1990
Gabón	26 enero 1990	9 febrero 1994	11 marzo 1994
Gambia	5 febrero 1990	8 agosto 1990	7 septiembre 1990
Georgia		2 junio 1994 a/	2 julio 1994
Ghana	29 enero 1990	5 febrero 1990	2 septiembre 1990
Granada	21 febrero 1990	5 noviembre 1990	5 diciembre 1990
Grecia	26 enero 1990	11 mayo 1993	10 junio 1993
Guatemala	26 enero 1990	6 junio 1990	2 septiembre 1990
Guinea		13 julio 1990 a/	2 septiembre 1990
Guinea-Bissau	26 enero 1990	20 agosto 1990	19 septiembre 1990
Guinea Ecuatorial		15 junio 1992 a/	15 julio 1992
Guyana	30 septiembre 1990	14 enero 1991	13 febrero 1991
Haití	20 enero 1990	8 junio 1995	8 julio 1995

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación, adhesión a/	Fecha de entrada en vigor
Honduras	31 mayo 1990	10 agosto 1990	9 septiembre 1990
Hungria	14 marzo 1990	7 octubre 1991	6 noviembre 1991
India		11 diciembre 1992 a/	11 enero 1993
Indonesia	26 enero 1990	5 septiembre 1990	5 octubre 1990
Irán (Rep. Islámica del)	5 septiembre 1991	13 julio 1994	12 agosto 1994
Irak		15 junio 1994 a/	15 julio 1994
Irlanda	30 septiembre 1990	28 septiembre 1992	28 octubre 1992
Islandia	26 enero 1990	28 octubre 1992	27 noviembre 1992
Islas Cook		6 junio 1997 a/	6 julio 1997
Islas Marshall	14 abril 1993	4 octubre 1993	3 noviembre 1993
Islas Salomon		10 abril 1995 a/	10 mayo 1995
Israel	3 julio 1990	3 octubre 1991	2 noviembre 1991
Italia	26 enero 1990	5 septiembre 1991	5 octubre 1991
Jamahiriyá Árabe Libia		15 abril 1993 a/	15 mayo 1993
Jamaica	26 enero 1990	14 mayo 1991	13 junio 1991
Japón	21 septiembre 1990	22 abril 1994	22 mayo 1994
Jordania	29 agosto 1990	24 mayo 1991	23 junio 1991
Kazajstán	16 febrero 1994	12 agosto 1994	11 septiembre 1994
Kenya	26 enero 1990	30 julio 1990	2 septiembre 1990

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación, adhesión a/	Fecha de entrada en vigor
Kirguizistán		7 octubre 1994 a/	6 noviembre 1994
Kiribati		11 diciembre 1995 a/	10 enero 1996
Kuwait	7 junio 1990	21 octubre 1991	20 noviembre 1991
Lesotho	21 agosto 1990	10 marzo 1992	9 abril 1992
Letonia		14 abril 1992 a/	14 mayo 1992 a/
Libano	26 enero 1990	14 mayo 1991	13 junio 1991
Libia	26 abril 1990	4 junio 1993	4 julio 1993
Liechtenstein	30 septiembre 1990	22 diciembre 1995	21 enero 1996
Lituania		31 enero 1992 a/	1º marzo 1992
Luxemburgo	21 marzo 1990	7 marzo 1994	6 abril 1994
Madagascar	19 abril 1990	19 marzo 1991	18 abril 1991
Malasia		17 febrero 1995 a/	19 marzo 1995
Malawi		2 enero 1991 a/	1º febrero 1991
Maldivas	21 agosto 1990	11 febrero 1991	13 marzo 1991
Mali	26 enero 1990	20 septiembre 1990	20 octubre 1990
Malta	26 enero 1990	30 septiembre 1990	30 octubre 1990
Marruecos	26 enero 1990	21 junio 1993	21 julio 1993
Mauricio		26 julio 1990 a/	2 septiembre 1990
Mauritania	26 enero 1990	16 mayo 1991	15 junio 1991
México	26 enero 1990	21 sept 1990	21 octubre 1990

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación, adhesión a/	Fecha de entrada en vigor
Micronesia (Estados Federados de)		5 mayo 1993 a/	4 junio 1993
Mónaco		21 junio 1993 a/	21 julio 1993
Mongolia	26 enero 1990	5 julio 1990	2 septiembre 1990
Mozambique	30 septiembre 1990	26 abril 1994	26 mayo 1994
Myanmar		15 julio 1991 a/	14 agosto 1991
Namibia	26 septiembre 1990	30 septiembre 1990	30 octubre 1990
Nauru		27 julio 1994 a/	26 agosto 1994
Nepal	26 enero 1990	14 septiembre 1990	14 octubre 1990
Nicaragua	6 febrero 1990	5 octubre 1990	4 noviembre 1990
Niger	26 enero 1990	30 septiembre 1990	30 octubre 1990
Nigeria	26 enero 1990	19 abril 1991	19 mayo 1991
Niue		20 diciembre 1995 a/	19 enero 1996
Noruega	26 enero 1990	8 enero 1991	7 febrero 1991
Nueva Zelanda	1º octubre 1990	6 abril 1993	6 mayo 1993
Omán		9 diciembre 1996 a/	8 enero 1997
Países Bajos	26 enero 1990	6 febrero 1995	7 marzo 1995
Pakistán	20 septiembre 1990	12 noviembre 1990	12 diciembre 1990
Palau		4 agosto 1995 a/	

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación, adhesión a/	Fecha de entrada en vigor
Panamá	26 enero 1990	12 diciembre 1990	11 enero 1991
Papua Nueva Guinea	30 septiembre 1990	1º marzo 1993	31 marzo 1993
Paraguay	4 abril 1990	25 septiembre 1990	25 octubre 1990
Perú	26 enero 1990	4 septiembre 1990	4 octubre 1990
Polonia	26 enero 1990	7 junio 1991	7 julio 1991
Portugal	26 enero 1990	21 septiembre 1990	21 octubre 1990
Qatar	8 diciembre 1992	3 abril 1995	3 mayo 1995
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	19 abril 1990	16 diciembre 1991	15 enero 1992
República Árabe Siria	18 septiembre 1990	15 julio 1993	14 agosto 1993
República Centroafricana	30 julio 1990	23 abril 1992	23 mayo 1992
República Checa**			1º enero 1993
República de Corea	25 septiembre 1990	20 noviembre 1991	20 diciembre 1991
República Democrática del Congo	20 marzo 1990	27 septiembre 1990	27 octubre 1990
República Democrática Popular Lao		8 mayo 1991 a/	7 junio 1991
República de Moldova		26 enero 1993 a/	25 febrero 1993

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación, adhesión a/	Fecha de entrada en vigor
República Dominicana	8 agosto 1990	11 junio 1991	11 julio 1991
República Popular Democrática de Corea	23 agosto 1990	21 septiembre 1990	21 octubre 1990
República Unida de Tanzania	1º junio 1990	10 junio 1991	10 julio 1991
Rumania	26 enero 1990	28 septiembre 1990	28 octubre 1990
Rwanda	26 enero 1990	24 enero 1991	23 febrero 1991
San Cristóbal y Nevis	26 enero 1990	24 julio 1990	2 septiembre 1990
Samoa	30 septiembre 1990	29 noviembre 1994	29 diciembre 1994
San Marino		25 noviembre 1991 a/	25 diciembre 1991
Santa Lucía		16 junio 1993 a/	16 julio 1993
Santa Sede	20 abril 1990	20 abril 1990	2 septiembre 1990
Santo Tomé y Príncipe		14 mayo 1991 a/	13 junio 1991
San Vicente y las Granadinas	20 septiembre 1993	26 octubre 1993	25 noviembre 1993
Senegal	26 enero 1990	31 julio 1990	2 septiembre 1990
Seychelles		7 septiembre 1990 a/	7 octubre 1990
Sierra Leona	13 febrero 1990	18 junio 1990	2 septiembre 1990

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación, adhesión a/	Fecha de entrada en vigor
Singapur		5 octubre 1995 a/	4 noviembre 1995
Sri Lanka	26 enero 1990	12 julio 1991	11 agosto 1991
Sudáfrica	29 enero 1993	16 junio 1995	16 julio 1995
Sudán	24 julio 1990	3 agosto 1990	2 septiembre 1990
Suecia	26 enero 1990	29 junio 1990	2 septiembre 1990
Suiza	1 ^o mayo 1991	24 febrero 1997	26 marzo 1997
Surinam	26 enero 1990	1 ^o marzo 1993	31 marzo 1993
Swazilandia	22 agosto 1990	7 septiembre 1995	6 octubre 1995
Tailandia		27 marzo 1992 a/	26 abril 1992
Taykistán		26 octubre 1993 a/	25 noviembre 1993
Togo	26 enero 1990	1 ^o agosto 1990	2 septiembre 1990
Tonga		6 noviembre 1995 a/	6 diciembre 1995
Trinidad y Tobago	30 septiembre 1990	5 diciembre 1991	4 enero 1992
Túnez	26 febrero 1990	30 enero 1992	29 febrero 1992
Turkmenistán		20 septiembre 1993 a/	19 octubre 1993
Turquía	14 septiembre 1990	4 abril 1995	4 mayo 1995
Tuvalu		22 septiembre 1995 a/	22 octubre 1995
Ucrania	21 febrero 1991	28 agosto 1991	27 septiembre 1991
Uganda	17 agosto 1990	17 agosto 1990	16 septiembre 1990

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación, adhesión <u>a/</u>	Fecha de entrada en vigor
Uruguay	26 enero 1990	20 noviembre 1990	20 diciembre 1990
Uzbekistán		29 junio 1994 <u>a/</u>	29 julio 1994
Vanuatu	30 septiembre 1990	7 julio 1993	6 agosto 1993
Venezuela	26 enero 1990	13 septiembre 1990	13 octubre 1990
Vietnam	26 enero 1990	28 febrero 1990	2 septiembre 1990
Yemen	13 febrero 1990	1 ^o mayo 1991	31 mayo 1991
Yugoslavia	26 enero 1990	3 enero 1991	2 febrero 1991
Zambia	30 septiembre 1990	5 diciembre 1991	5 enero 1992
Zimbabwé	8 marzo 1990	11 septiembre 1990	11 octubre 1990

a/Adhesión.

* Mediante la incorporación de la República Democrática Alemana a la República Federal de Alemania, con efecto a partir del 3 de octubre de 1990, los dos Estados alemanes se han unido para formar un solo Estado soberano. A partir de la fecha de la unificación, la República Federal de Alemania actuará en las Naciones Unidas con la designación "Alemania". La antigua República Democrática Alemana había firmado y ratificado la Convención el 7 de marzo de 1990 y el 2 de octubre de 1990 respectivamente.

**Sucesión.

*** El 2 de diciembre de 1993 se depositó con el Secretario General la notificación de sucesión de la ex República Yugoslava de Macedonia respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño, con efecto a partir del 17 de septiembre de 1991, fecha en que la ex República Yugoslava de Macedonia asumió la responsabilidad por sus relaciones internacionales.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Anexo 4 ¹¹¹

Reservas y Declaraciones al art. 9º parr. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.		
<p>"Artículo 9º parr. 1.- Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria para casos particulares por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño"</p>	Alemania	<p>Se reserva el derecho a aplicarlo, a fin de evitar la violación del párrafo 2 del artículo 3º de la Convención, ya que de aplicar las disposiciones de la Convención se verá perjudicada la legislación doméstica en el rubro del derecho de custodia y acceso con respecto a los menores nacidos en matrimonio, promoviendo en todo caso la revisión de la legislación especialmente cuando los padres no se encuentran casados, viven permanentemente en distintos lugares, aunque sigan casados o estén divorciados.</p> <p>Alemania considera que se debe analizar caso por caso especialmente cuando los padres no se ponen de acuerdo en el ejercicio conjunto de la patria potestad</p>
	Bosnia y Herzegovina	<p>Se reserva el derecho de aplicarlo, debido a que su legislación mantiene el derecho de las autoridades competentes a inclinarse en determinado sentido en la separación de un menor de sus padres con previo examen judicial</p>
	Croacia	<p>La Republica de Croacia se reserva el derecho de no aplicar el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención porque en virtud de su derecho interno las autoridades competentes (los Centros de Obra Social) pueden separar a un niño de sus padres sin necesidad de previa revisión judicial</p>
	Eslovenia	<p>Se reserva el derecho de aplicarlo debido a que su legislación interna prevé que los centros de trabajo social, que son las autoridades competentes, determinarán la separación de un niño de sus padres sin necesidad de previa revisión judicial</p>

¹¹¹ Cfr.- Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General, Status as at 30 April 1999, ONU AG, Documento ST/LEG/SER.E/17, p. 219 a 228. Página de internet: <http://www.unicef.org/spanish/> tema: La Convención sobre los Derechos del Niño.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Reservas y Declaraciones al art. 9° parr. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. (cont.)		
Artículo 9° parr. 1.-	Islandia	Declara que bajo su derecho, las autoridades administrativas pueden tomar decisiones finales en algunos casos referidos en dicho artículo. Estas decisiones son sujetas a revisiones judiciales debido a que es un principio en este derecho. Las Cortes pueden nulificar las decisiones administrativas cuando estas otorgan y se basan en permisos ilegales. Esta competencia de las Cortes a revisar decisiones administrativas se fundamenta en el artículo 60 de la Constitución de este país.
	Japón	Declara que se debe entender que el párrafo 1 del artículo 9°, no se debe aplicar a los casos en que se separa a un niño de sus padres a causa de una deportación, conforme a sus leyes de migración.
	Yugoslavia	El 28 de enero de 1997, el Gobierno de Yugoslavia comunicó al Secretario General su decisión de retirar la reserva que respecto al párrafo 1 del artículo 9 de la Convención había formulado en el momento de la ratificación de la Convención y que fue distribuida por notificación depositaria C145 1991 TREATIES-1, de 12 de abril de 1991"

TRIBUNAL
FALLA DE ORIGEN

Anexo 5 ⁽¹⁾

Declaraciones respecto del retiro de las reservas al párr. 1 del art. 9° de la Convención.	
Bosnia y Herzegovina	<p>[4 de junio de 1997]</p> <p>La Misión Permanente de Bosnia y Herzegovina ante las Naciones Unidas considera incorrecta y engañosa la notificación C N 92 1997 TREATIES-1 del depositario, porque sugiere que el Estado que el 28 de enero de 1997 notificó el retiro de su reserva es el mismo sujeto de derecho internacional que notificó su ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y formuló la reserva en 1991, es decir la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia. En este contexto, la Misión Permanente de Bosnia y Herzegovina ante las Naciones Unidas desea señalar las resoluciones 757 (1992) y 777 (1992) del Consejo de Seguridad y la resolución 47/1 de la Asamblea General, de 22 de septiembre de 1992, en que se declaró que "el Estado conocido anteriormente con el nombre de República Federativa Socialista de Yugoslavia ha dejado de existir", y la Opinión N° 10 de la Comisión de Arbitraje de la Conferencia de las Naciones Unidas/Comunidad Europea sobre la ex Yugoslavia, de que "la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) es un Estado nuevo que no podría considerarse el único sucesor de la República Federativa Socialista de Yugoslavia".</p> <p>Se considera que el Secretario General debería ser preciso al hacer referencia a los Estados Partes en acuerdos internacionales respecto de los cuales cumple funciones de depositario. Por consiguiente, en opinión del Gobierno de Bosnia y Herzegovina el retiro de la reserva notificado por la República Federativa de Yugoslavia no puede considerarse válido, puesto que procede de un Estado que no formuló la reserva. La República Federativa de Yugoslavia, como uno de los Estados sucesores de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia, debe notificar su sucesión si desea ser considerada Parte en la Convención.</p>
Croacia	<p>[4 de junio de 1997]</p> <p>Declaración en el mismo sentido que la que le precede. (Bosnia y Herzegovina)</p>
Eslovenia	<p>[28 de mayo de 1997]</p> <p>Declaración en el mismo sentido que la que le precede. (Bosnia y Herzegovina)</p>
Ex República Yugoslavia de Macedonia	<p>[10 de octubre de 1997]</p> <p>Declaración en el mismo sentido que la que le precede. (Bosnia y Herzegovina)</p>

⁽¹⁾ Cfr. *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General*, Status as at 30 April 1999, ONU AG, Documento ST/LEG/SER/E/17 p. 219 a 228. Página de internet: <http://www.unicef.org/spanish/tema: La Convención sobre los Derechos del Niño>

TRABAJOS CON
COMUNIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS

BIBLIOGRAFÍA

Libros.

1. ARELLANO GARCIA, Carlos.- Derecho Internacional Privado.-Editorial Porrúa, México, 1989.
2. ARELLANO GARCIA, Carlos.- Derecho Internacional Público. Primer Curso.- 3ª Edición.- Editorial Porrúa, México, 1997.
3. Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía.- Protección Jurídica del Menor.- Editorial Granada, 1997.
4. BECERRA RAMIREZ, Manuel.- Derecho Internacional Público.- Instituto de Investigaciones Jurídicas.- 1ª edición, UNAM, 1991.
5. BRENA SESMA, Ingrid.- Intervención del Estado en la Tutela de Menores.- Editorial UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994.
6. CHAVEZ ASENCIO, Manuel.- La Familia en el Derecho. (Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Relaciones Jurídicas Conyugales).- Editorial Porrúa, México, 1992.
7. CONTRERAS VACA, José Francisco.- Derecho Internacional Privado Parte Especial.- 1ª Edición.- Editorial Colección de Textos Jurídicos Universitarios Oxford, University Press México, 1998.
8. CUEVAS CANCINO, Francisco, Adnán Avendaño Constantino, Carlos A. Gómez Vignola, Estrella Jiménez Mayo.- Manual de Derecho Internacional Público Mexicano. SER.- 1ª Edición.- Editorial Porrúa, México, 1997.
9. DIEZ DE VELAZCO, Manuel.- Instituciones de Derecho Internacional Público.-tomo I.- 10ª Edición.- Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1994.
10. GALINDO GARFIAS, Ignacio.- Derecho Civil, Primer Curso - Editorial Porrúa, México, 1995.
11. GÜITRON FUENTEVILLA, Julián.- Derecho Familiar.- 2ª Edición - Editorial Promociones Jurídicas y Culturales S.C. UNACH, México, 1988.
12. GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo.- Derecho Internacional Público.- 1ª Edición.- Editorial Trotta, Madrid, 1995.
13. Instituto Interamericano del Niño (Organización de Estados Americanos) y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.- Curso Internacional de Especialización para Jueces de menores y de familia - 1ª Edición.- Editorial Jurídica de Chile, 1983.
14. Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México.- Coloquio sobre los derechos de la niñez, Derechos de la Niñez - 1ª Edición.- Editorial UNAM, México, 1990.
15. KIPP, Theodor.- Tratado de Derecho Civil, 4º tomo, Derecho de Familia II.- 2ª Edición.- Editorial Bosch, Barcelona, 1979.
16. LAGOMARSINO, Carlos A. R.- Enciclopedia de Derecho de Familia - tomo III.- Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
17. LOPATKA, Adam.- Importance of the Convention on the rights of the child. United Nations, 91/2.- New York, 1992.
18. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M.- Código sobre Protección Internacional de la Infancia.- Editorial Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998.
19. MONTERO DUHALT, Sara.- Derecho de Familia.-Editorial Porrúa, México, 1990.
20. ORTIZ AHLF, Loretta.- Derecho Internacional Público - 1ª Edición.- Editorial Harta Textos Jurídicos Universitarios, México, 1989.
21. PEREZ DUARTE, Alicia Elena.- Derecho de Familia.- Editorial UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1990.
22. PEREZ DUARTE, Alicia Elena.- Derecho de Familia - Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
23. PÉREZ, DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena.- Los Derechos Humanos de la Niñez en la comunidad internacional, Avances y Perspectivas.- 1ª Edición.- Editorial C.N.D.H., México, 1988.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

24. PEREZNIETO CASTRO, Leonel.- Derecho Internacional Privado. Parte General.- 7ª Edición.- Editorial Harfa Colección de Textos Jurídicos Universitarios UNAM, México, 1998.
25. REMIRO BROTONS, Antonio.- Derecho Internacional Público 1. Principios fundamentales.- 1ª Edición.- Editorial Tecnos S.A. 1ª Reimpresión, Madrid, 1983.
26. REMIRO BROTONS, Antonio.- Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los tratados.- 1ª Edición.- Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1987.
27. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús.- Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA.- tomo I y II.- 1ª Edición.- Editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1994.
28. SEARA VAZQUEZ, Modesto.- Derecho Internacional Público.- 16ª Edición.- Editorial Porrúa, México, 1998.
29. SMART, Carol; Selma Sevenhuijsen.- Child Custody and the politics of gender.- Editorial Routledge, London and New York, New York, 1989.
30. STILLERMAN, Martha N.- Menores Tenencia Régimen de vistas.- 2ª Edición.- Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992.
31. SZEKELY, Alberto.- Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público. Estudio Introductorio.- Tomo IV.- Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1990.
32. TAMES PEÑA, Beatriz.- El Menor en el Contexto del Derecho Familiar y los Derechos Humanos.- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Memona.- 1ª Edición.- México, 1994.
33. TAMES PEÑA, Beatriz.- Los Derechos del Niño. Un compendio de instrumentos internacionales.- 1ª Edición.- 1ª Reimpresión, Diciembre 1997.- Editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995.
34. V. BARBERO, Omar.- Daños y Prejuicios derivados del Divorcio.- Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977.
35. VARGAS CABRERA, Bartolomé.- La Protección de Menores en el Ordenamiento Jurídico.- Editorial Comares, Granada España, 1994.
36. VILLORO TORANZO, Miguel.- Introducción al Estudio del Derecho.- 14ª Edición.- Editorial Porrúa, México, 1999.

Diccionarios y Enciclopedias.

1. DICCIONARIO INVERSO ILUSTRADO.- De la idea aproximada a la palabra precisa.- 1ª Edición.- Editorial Reader's Digest México, México, 1992.
2. DICCIONARIO JURIDICO ABELEDO PERROT.- tomo II.- Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1987.
3. DICCIONARIO DE POLÍTICA INTERNACIONAL.- Edmundo Hernández Vela Salgado.- 5ª Edición.- Editorial Porrúa, México, 1999.
4. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.- tomo XIX.- Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1991.
5. GRAN ENCICLOPEDIA VISUAL.- tomos I, II, III y IV.- Equipo Editorial.- Edición 2001, Barcelona, España, 2001.

Documentos e Instrumentos Internacionales.

1. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN Informes periódicos que los Estados Partes debían presentar en 1997. 2º Informe: México. 14 de enero de 1998.- Documento: CRC/C/65/Add.6

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Informe Inicial a presentar en 1993: Chile, 22 de Junio de 1993.- Documento: CRC/C/3/Add.18
3. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Informe Inicial a presentar en 1993: Argentina, 17 de Marzo de 1993.- Documento: CRC/C/3/Add.2
4. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Informe Inicial a presentar en 1992: República Oriental del Uruguay, 2 de Agosto de 1995 - Documento: CRC/C/3/Add 37
5. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Informe Inicial a presentar en 1993: Italia, 20 de Febrero de 1995.- Documento: CRC/C/3/Add.18
6. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Informe Inicial a presentar en 1994: Alemania, 30 de Agosto de 1994.- Documento: CRC/C/11/Add 5
7. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Informe Inicial a presentar en 1993: España, 10 de Agosto de 1993.- Documento: CRC/C/8/Add 6
8. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Informe Inicial a presentar en 1993: Cuba, 27 de Octubre de 1995.- Documento: CRC/C/8/Add 30
9. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: México, 10 de Noviembre de 1999.- Documento: CRC/C/15/Add 112
10. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile, 22 de Abril de 1994.- Documento: CRC/C/15/Add 22
11. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Paraguay, 18 de Junio de 1997.- Documento: CRC/C/15/Add 75
12. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina, 15 de Febrero de 1995.- Documento: CRC/C/15/Add 35
13. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Alemania, 27 de Noviembre de 1995 - Documento: CRC/C/15/Add 43
14. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: España, 24 de Octubre de 1994.- Documento: CRC/C/15/Add 28
15. Comité de los Derechos del Niño. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Cuba, 18 de Junio de 1997.- Documento: CRC/C/15/Add 72

UNIVERSIDAD

LA PLATA

16. Informe del Comité de los Derechos del Niño, 49° Periodo de Sesiones, Suplemento número 41, ONU AG.- Documento (A/49/41).
17. Informe del Comité de los Derechos del Niño, 55° Periodo de Sesiones, Suplemento número 41, ONU AG.- Documento (A/55/41).
18. Multilateral Treaties, Deposited with the Secretary General, Status as at 30 april 1999, ONU AG.- Documento ST/LEG/SER E/17.
19. Situación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, Informe del Secretario General 19 de agosto de 1999, 54 periodo de sesiones, Tema 113 del programa provisional, Promoción y protección de los derechos del niño.- Documento A/54/265 ONU AG, Pags. 2-4.
20. Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, Reservas, Declaraciones y Objeciones relativas a la Convención sobre los Derechos del Niño, 7 de Diciembre de 1999.- Documento: CRC/C/2/Rev 8
21. Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional del 3 de diciembre de 1986. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

Revistas, Discos, Folletos y Publicaciones Periódicas.

1. Diario Oficial de la Federación - 6 de marzo de 1992 - Decreto promulgatorio de la Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
2. Diario Oficial de la Federación - 25 de enero de 1991.- Decreto promulgatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño.
3. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).- La Convención sobre los Derechos del Niño - Folleto publicado en 1999.
4. Programa de acción interinstitucional a favor de los derechos de la niñez y los valores de la democracia, 1998. Contra la violencia y el maltrato.
5. Programa Nacional de Acción a favor de la Infancia, 1995-2000, Evaluación 1996.- 2ª Edición.- Editorial Comisión Nacional de Acción a Favor de la Infancia, Secretaría Técnica, México, 1996.
6. Bufete Jurídico: Herramienta de vanguardia en la informática jurídica - enero del 2001.- disco 1-2.- Tijuana (México).- Software Visual 2001.

Legislación.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos - Editorial Alco, S.A., México, 2001.
2. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, 62ª Edición, Editorial Porrúa, México 1999.
3. Código Civil para el Distrito Federal - 1ª Edición.- Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México 2001.
4. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal - 1ª Edición.- Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México 2001.
5. Código Civil Federal.- Editorial Sista, México, D. F; 2000.
6. Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes - Editorial Sista, México, D. F; 2000.
7. Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal para el año 2000, Gaceta Oficial del Distrito Federal, del 31 de enero del 2000.

Direcciones de Internet.

1. Página <http://www.cndh.org.mx> Tema: Generaciones de los Derechos Humanos, Grupos Vulnerables.
2. Página <http://www.pddh.gob.sv> Tema: Derechos Humanos de exigencia individual.
3. Página <http://www.defensordelpueblo.es>
Tema: La protección de la juventud y de la infancia y los medios de comunicación social.
Tema: La nueva ley de la justicia de menores y la situación de los centros de internamiento.
Tema: Actuación de la institución del defensor del pueblo en relación con los derechos de la infancia.
4. Página <http://www.members.tripod.com> Tema: Custodia compartida, Alianza de padres no custodios. Puerto Rico.
5. Página <http://www.unicef.org/spanish> Tema: La Convención sobre los Derechos del Niño.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN