

## EL CONCEPTO DE "INTERES DEL MENOR EN ALGUNOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES"

Ingrid BRENA SESMA

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Introducción*. III. *Dificultad de la Definición*. IV. *Prioridad del Interés del Menor*. V. *Derechos Individuales del Menor*. VI. *El Menor y sus Relaciones con la Familia*. 1. *El entorno familiar*. 2. *Apoyo al grupo familiar*. 3. *Responsabilidad de los padres*. 4. *Secuestro y traslado ilícito de menores*. VII. *Protección al Menor que se encuentra alejado de su ámbito familiar*. 1. *Adopción*. *Colocación de menores*. VIII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

### I. PREAMBULO

A mi compañera Yolanda Frías

Estoy cierta de que otros participantes en este homenaje podrían dirigirse a Yolanda Frías con la connotación de compañera, sin embargo, en mi caso adquiere tintes especiales. Esta diferencia parte tan solo de lo antigua y constante de nuestra relación. Fuimos compañeras en la generación 62 de abogados, de manera que durante cinco años compartimos las experiencias de las clases y los temores de los exámenes; compartimos nuestras experiencias como amas de casa y madres, siempre en estrecha amistad y continua consulta. Más tarde, gracias a sus consejos y ayuda, ingresé a la Universidad como maestra primero, y después, como investigadora, lo que nos convirtió entonces en compañeras de trabajo. Compartimos además amistades, diversiones y alguno que otro viaje al extranjero.

Nuestras líneas de investigación, sin embargo, fueron distintas, de manera que para elaborar el artículo que ahora presento, procuré enlazar el Derecho Internacional con el Derecho de Familia al que he dedicado mis estudios. Elegí como tema el concepto de "Interés del Menor en algunos instrumentos internacionales". Reconozco mis limitaciones al introducirme en una rama del Derecho que me es ajena, sin embargo, estoy convencida de la importancia y actualidad del tema; ello y el recordar a mi amiga Yolanda han sido las motivaciones para elaborar este trabajo.

### II. INTRODUCCION

El propósito de la investigación no es analizar la totalidad de más de 80 instrumentos internacionales que de una manera u otra inciden en la figura del menor. Con este trabajo se pretende indagar si el término "interés del menor" puede ser definido en forma exacta o se trata más bien de un principio útil para interpretar y aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los menores y de las personas, físicas o jurídicas relacionadas con ellos.

Se han analizado más de 20 instrumentos elaborados por distintos organismos, entre ellos, la Organización de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa o que han sido el resultado de convenios internacionales de carácter mundial o regional, como en el caso de las convenciones de La Haya o de la Organización de Estados Americanos.

Desde las primeras décadas del siglo XX, la comunidad internacional se ha preocupado por la protección del menor, ya sea en forma indirecta al proteger los derechos humanos o en forma directa refiriéndose en forma concreta a la infancia.

Conjuntamente con el desarrollo gradual de principios que protegen las necesidades, situaciones y vulnerabilidad de los niños en la sociedad, se ha conformado un cuerpo de normas internacionales, de derecho humanitario y de derechos humanos que se complementan continuamente.

Existe un amplio número de normas, entre ellas, hay que distinguir las declaraciones, en tanto que como, su nombre lo indica, son declaraciones de principios aceptadas por los gobiernos, pero que no implican obligaciones específicas. Contrastan las convenciones que se convierten en obligatorias cuando cada Estado decide aceptarla o ratificarla, los Estados partes de una convención reconocen, de tal modo, su obligación de aplicar y respetar las disposiciones y obligaciones establecidas en la convención. En relación a la niñez, destacan de manera principal, la Declaración de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 y la reciente Convención sobre

los Derechos del Niño, aprobada el 16 de octubre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

El término "interés del menor" se ha incorporado al lenguaje jurídico y es utilizado en forma constante por normas de carácter internacional.<sup>1</sup> En principio, el término no se contrapone a la noción general de interés que maneja la doctrina, entendida como la pretensión, deseo o exigencia que los individuos buscan satisfacer o proteger. Cuando el Estado reconoce ciertos intereses como dignos de protección, los regula jurídicamente. A través del otorgamiento de derechos y de la imposición de deberes, el Estado reconoce y protege los intereses individuales, entre ellos, el que ahora nos interesa, el del menor. Este reconocimiento, sin embargo, ha trascendido la esfera interna de los Estados para relevarse al ámbito internacional en el cual también existe una regulación específica.

El interés del menor puede encuadrarse dentro de la clasificación general utilizada por la doctrina, como los de un "tipo" o de "clase". El menor es un "tipo" especial de sujeto el cual, sin estar identificado, se haya en una especie de comunidad que lo equipara con sus semejantes.

El "menor de edad" es el individuo que no ha alcanzado una edad determinada jurídicamente y que corresponde a las primeras etapas del desarrollo biológico del ser humano. La minoría de edad se caracteriza por una especial situación de incapacidad de los que se encuentran en esa etapa para satisfacer por sí mismos sus necesidades. Esta situación exige, por ende, la responsabilidad de los demás sujetos integrantes de la sociedad en primer término la familia y, en su defecto, el Estado. A la familia o al Estado corresponde otorgar al menor la protección y cuidados que requiera para su pleno desenvolvimiento, hasta en tanto adquiera las aptitudes necesarias para satisfacer sus necesidades y actuar por sí mismo.<sup>2</sup>

Cada Estado en su legislación interna establece una edad límite para considerar a un individuo como menor, también algunos instrumentos internacionales señalan esa edad límite que varía entre los 16 y 21 años.<sup>3</sup>

## II. DIFICULTAD DE LA DEFINICION

En opinión de Díez Picaso<sup>4</sup> el "interés del menor" es un concepto con un amplio halo de indeterminación, tomar las medidas que resulten más beneficiosas para el menor no resulta tarea sencilla; elementos como la edad, las condiciones sociales, económicas, culturales, el desarrollo emocional e incluso el ámbito geográfico en el cual el menor habita hacen que las consideraciones de beneficio no puedan generalizarse. Este beneficio sólo podrá determinarse a través de la necesaria evaluación, en los diversos elementos de juicio en cada caso concreto y de la finalidad que se pretenda. Un pequeño requerirá probablemente más atención y cuidados personales; en cambio, un adolescente necesitará más libertad de acción y una orientación profesional.

Partiendo de la problemática de la indefinición o generalización de lo que puede considerarse como más "beneficioso para el menor", resulta procedente continuar esta investigación analizando distintos instrumentos internacionales para localizar el manejo que en ellos se hace del "interés del menor", cómo lo interpretan y qué medidas adoptan o recomiendan para su protección.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>También se utiliza el término "mayor beneficio para el menor".

<sup>2</sup>En el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 se considera que el niño por su falta de madurez física y mental requiere de protección y cuidados especiales, incluso, la debida protección legal.

<sup>3</sup>La Convención de Derechos del Niño entiende por niño, todo menor de 18 años; la Convención sobre Aspectos Civiles sobre la Instrucción Internacional de Menores de octubre de 1980, se aplica al menor que no ha alcanzado los 16 años, y el mismo criterio aplica la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 15 de julio de 1989 de la Organización de Estados Americanos celebrada en Uruguay. En cambio la Convención sobre la ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias relativas a menores, elaborada en la Conferencia de La Haya el 2 de abril de 1956 y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Diseños en materia de obligación alimenticia relativa a menores elaborada en la misma Conferencia pero en abril de 1958 se aplica a menores de 21 años.

<sup>4</sup>Díez Picaso "El Principio Protección Integral de los Hijos" "Tout Pour L'enfant" en *La Tutela de los Derechos del Menor*, Córdoba, 1984, pp. 127-181.

<sup>5</sup>La Convención Europea en materia de adopción de menores de abril de 1967 del Consejo de Europa reconoce que en principio "Bien del Menor" se impone, pero si solo tendría efectos limitados, en consecuencia, el convenio desenvuelve el principio a fin de precisar y definir el alcance de su aplicación.

### III. PRIORIDAD DEL INTERES DEL MENOR

En forma general, la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño consideran fundamental atender el interés especial del niño.<sup>6-7</sup>

Otros documentos relativos a temas especiales han reconocido la necesidad de buscar y obtener ese interés superior;<sup>8</sup> a través de decisiones y aplicación de medidas concretas sobre alimentos, custodia, tutela, curatela, adopción y colocación de menores, o secuestro o traslado ilícito.

El interés del menor puede ser observado desde distintos niveles. El menor reúne distintas cualidades y en todas ellas debe resultar protegido por las normas jurídicas de carácter nacional e internacional. Primero en su calidad de ser humano, como individuo tiene derecho a la protección de sus intereses individuales; al respeto a su persona y a sus atributos y libertades, pero la protección también se extiende a las relaciones del menor con otros miembros del grupo familiar al cual pertenece y, en general, con la sociedad en la que habita.

### IV. DERECHOS INDIVIDUALES DEL MENOR

Desde esta perspectiva, las disposiciones de distintos instrumentos de carácter internacional reconocen los derechos del menor a la vida;<sup>9</sup> a un nombre; a una nacionalidad; recomiendan el respeto a las libertades fundamentales del niño<sup>10</sup> entre ellas, a la de expresión. La posibilidad de que el menor se exprese cobra especial importancia cuando se trata de asuntos que le conciernen en forma directa tales como los procedimientos judiciales o administrativos relativos a patria potestad o custodia. En estos casos, las opiniones estarán condicionadas a la edad y madurez del menor. El derecho a ser escuchado puede ser ejercido directamente por el menor o por medio de un representante o un órgano apropiado.<sup>11</sup>

A la libertad de expresión se suman las de pensamiento, de religión, de asociación, de manera que el menor no debe padecer ingerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia.

El menor tiene derecho a disfrutar de sus libertades sin discriminación alguna derivada de su etnia u origen<sup>12</sup> y en condiciones de libertad y dignidad. Estas disposiciones no son simples reconocimientos de principios, el Derecho

<sup>6</sup>Artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>7</sup>"Todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos; una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

<sup>8</sup>Declaración sobre los Principios Sociales y Legales realizados con la Protección y el Bienestar de los Menores con referencia especial a la colocación de menores de 6 de febrero de 1987 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. La Carta Social de Europa y los Derechos del Menor de 18 de octubre de 1960, Consejo de Europa.

-Convenio sobre Jurisdicción y Legislación aplicables a el conocimiento de Derechos en materia de Adopción de 15 de noviembre de 1965 de la 10ma. Convención de La Haya de Derecho Internacional Privado.

-Convención Europea sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Derechos en materia de Guarda de Menores y el Restablecimiento de la misma de 20 de mayo de 1980 del Consejo de Europa.

-Resolución 77-33 de 3 de noviembre de 1977 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Colocación de Menores en Hogares Familiares y en Familias Putativas.

<sup>9</sup>Artículo 6 de la Convención sobre Los Derechos del Niño, aprobado el 6 de octubre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

<sup>10</sup>El artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los menores no sean sometidos a torturas o privación de la libertad.

<sup>11</sup>La recomendación 874 de 1979 de la Asamblea Parlamentaria relativa a la Redacción de un Acuerdo Europeo de los Derechos del Niño, mencionan incluso a un abogado de oficio que represente al menor.

<sup>12</sup>Declaración de los Derechos del Niño.

cuenta con medidas concretas que aseguran la protección de estos valores contra toda práctica que fomente la discriminación racial, religiosa o de otra índole.<sup>13</sup>

Además de esta protección a sus derechos fundamentales, distintos instrumentos internacionales reconocen derechos especiales derivados de la singular situación del menor: Los menores tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de afecto, de seguridad moral y material, -como expresa el Convenio sobre los Derechos del niño- en su preámbulo: "El niño debe crecer en un ambiente de felicidad, amor y protección recibiendo alimentos y habitando viviendas adecuadas, tiene derecho a una educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales".<sup>14</sup>

La Conferencia de Viena de 1977, sobre la evolución actual y futura del Derecho de Familia en Europa, ha expresado el deseo de que el Consejo de Europa favorezca en el seno de sus instancias competentes, la promoción de métodos de educación que no comporten necesariamente castigos drásticos, o que lleven consigo daños físicos o psíquicos. Como parte de la educación, se debe proporcionar al menor juegos y recreaciones apropiadas a su edad.<sup>15</sup>

Los Estados signatarios de la Convención del Menor reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica o contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o interrumpir su educación o que sea nocivo para su salud. No se debe permitir al menor que trabaje antes de la edad mínima adecuada.<sup>16</sup>

En la misma Convención del Menor<sup>17</sup> los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, explotación o abuso sexual<sup>18</sup> se debe impedir el traslado ilícito o retención de niños al extranjero.<sup>19</sup> También se debe evitar el secuestro, la venta o trata de niños y, en todo caso, se deben aportar las medidas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de abandono, explotación o abuso.<sup>20</sup>

A través de programas sociales los Estados proporcionan la asistencia médica al niño y a quienes cuidan de él para la prevención, notificación o remisión a instituciones y al tratamiento y observación ulterior. Los niños minusválidos tienen derechos a cuidados especiales.

## V. EL MENOR Y SUS RELACIONES CON LA FAMILIA

### 1. *El entorno familiar*

Sólo por abstracción podríamos aislar al menor del medio en el cual nace, vive y se desarrolla, en primer término, el familiar. El niño se encuentra en constante interrelación con su medio circundante, los otros miembros del grupo familiar. Desde esta perspectiva, ya no resulta tan nítida la distinción del interés del menor respecto del interés de los otros miembros del grupo familiar. Generalmente los intereses coinciden y se transforman en un interés común. La especta-

<sup>13</sup>Principio 10 de la Declaración de los Derechos del Niño.

<sup>14</sup>En igual sentido Principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño y artículo 28 de la Convención de los Derechos del Niño.

<sup>15</sup>Principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño, Resolución 1386 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

<sup>16</sup>Principio 9 de la Declaración de los Derechos del Niño, Resolución 1386 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

<sup>17</sup>Artículo 19.

<sup>18</sup>Artículo 34.

<sup>19</sup>Declaración de los Derechos del Niño, Resolución 1386 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

-Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado el 16 de octubre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

<sup>20</sup>Artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado el 16 de octubre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

tiva de una familia unida que cuente con los medios adecuados para su subsistencia y su sano desenvolvimiento es objetivo de todo Estado moderno.

“La familia como grupo fundamental de la sociedad o medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir su responsabilidad dentro de la comunidad”, expresa el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño.

El Derecho internacional reconoce y ampara el derecho del menor a nacer y desarrollarse en su entorno familiar. El menor tiene derecho a permanecer en su grupo familiar natural, en especial, con sus padres.<sup>21</sup>

También puede ocurrir que los intereses del menor y los de cualquier otro miembro del grupo familiar sean distintos, esta oposición pudiera ocasionar perjuicios al menor, por ello, la autoridad, ya sea judicial o administrativa, a la que corresponda tomar decisiones o aplicar medidas concretas debe valorar los intereses en juego y apoyar el predominante interés del menor.

El Estado no tutela al grupo familiar en sí puesto que no existe un ente familiar dotado de sus propios intereses,<sup>22</sup> en todo caso tutela el interés de la persona en cuanto ésta está inserta en una relación familiar.

## 2. Apoyo al grupo familiar

A través de apoyos a la familia, los Estados en forma indirecta pueden lograr la permanencia del menor en su grupo familiar de origen. El bienestar del menor depende del bienestar de la familia.

La Conferencia de Viena de 1977 sobre “La evolución actual y futura del Derecho de Familia en Europa” del Consejo de Europa, ha recomendado en materia de política de la infancia, ayuda a la familia. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, establece que los Estados signatarios deben proporcionar asistencia material o programas de apoyo a la familia, particularmente a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Además de estas recomendaciones de carácter general, existen otras de carácter concreto, entre ellas:

- a) Conceder subsidios estatales a las familias numerosas.<sup>23</sup>
- b) Atención médica pre y pos natal a las madres.
- c) Servicios e instalaciones de guarda de niños.<sup>24</sup>
- d) Asesoría a los padres y a los representantes legales de los menores sobre alimentación, salud, higiene y saneamiento ambiental.

## 3. Responsabilidad de los padres

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, expresa que los Estados partes respetarán la responsabilidad de los padres respecto a la educación de los menores.<sup>25</sup> Esta afirmación implica el reconocimiento del principal papel

<sup>21</sup>“El niño en pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Declaración sobre los Principios Sociales y Legales realizados con la Protección y el Bienestar de los Menores con referencia especial a la colocación de menores de 6 de febrero de 1987 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en su artículo 3o. reconoce como primer prioridad para el menor el derecho a ser atendido por sus propios padres. El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que las partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres, excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño.

<sup>22</sup>Lipari reconoce que el grupo familiar representa una comunidad de intereses, pero ello no significa que el grupo sea portador de un valor propio autónomo.

*Derecho privado. Un Ensayo para la enseñanza*, Bolonia, 1980. Para Alagna, el concepto de familia se presenta al ámbito jurídico de modo variable según los intereses garantizados. Ya sean los del cónyuge o de los hijos. Califica de ilusorio al referirse a un interés del grupo distinto de actos de los miembros de la comunidad familiar. Los intereses de la familia son tan variados como lo son los sujetos que la forman.

<sup>23</sup>Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño. Resolución 1386 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

<sup>24</sup>Artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado el 16 de octubre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

<sup>25</sup>En el mismo sentido Recomendación R-84-4/27 de febrero del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Responsabilidad de los Padres 1983.

que desempeña la familia en la educación y formación de los menores. La intervención del Estado deviene, en todo caso, a ser supletoria.

Cuando el interés del menor coincida con el de la familia, el Estado apoya a la familia y además la designa como responsable del bienestar del niño, pero cuando el interés del menor se distingue del interés de otro miembro del grupo familiar, puede incluso llegar a decretarse la separación si con ella se obtiene un mayor beneficio para el menor.

*i) Pensión alimenticia*

Dentro de sus posibilidades y medios económicos, los padres deben proporcionar las condiciones que aseguren el desarrollo del niño expresa la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>26</sup> El cumplimiento de este deber no se deja al libre arbitrio de los padres y la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 4o. establece que los Estados partes tomarán medidas para asegurar el pago de la pensión alimenticia en particular, cuando el deudor resida en país diferente a aquél en que resida el niño.

La Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, sobre obligaciones alimentarias en Uruguay, julio 15 de 1989, prevé mecanismos para procurar, el suministro, asistencia alimentaria provisional, por parte del Estado y en la medida de sus posibilidades, a los menores de otros Estados que se encuentren abandonados en su territorio.

La Convención sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Alimentarias relativas a menores de 1956,<sup>27</sup> establece disposiciones comunes referidas a la ley aplicable a las obligaciones alimentarias; y la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de obligación alimenticia relativa a menores,<sup>28</sup> del 15 de abril de 1958, dicta disposiciones que se refieren al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligación alimentaria, en ocasión a demandas de carácter internacional o interno que contengan reclamación de alimentos para un hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo no casado y menor de 21 años.

#### *4. Secuestro y traslado ilícito de menores*

En apoyo a la unión familiar,<sup>29</sup> la Convención de Derechos del menor establece que los Estados partes deben atender las solicitudes formuladas por el niño o sus padres para entrar a un Estado o salir de él a efectos de reunión familiar.

Reconocido el derecho del menor a permanecer en su grupo familiar, deben sancionarse aquéllos actos que impidan o traten de impedir el ejercicio de ese derecho. La Convención sobre los Aspectos Civiles sobre la Sustracción Internacional de Menores,<sup>30</sup> manifiesta el deseo de los Estados signatarios de proteger al menor en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarles un traslado o una retención ilícita. También se hace ostensible el deseo de establecer procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor; así como asegurar la protección de los derechos de custodia que comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

El derecho de visita comprende el derecho de llevar al menor por un periodo de tiempo ilimitado a otro lugar diferente a aquél en el que tiene una residencia habitual.<sup>31</sup> Entre las medidas establecidas, se distinguen las de: localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; prevenir que no sufra mayores daños o que resulten perjudicadas "las partes interesadas".

<sup>26</sup>El artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado el 16 de octubre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

<sup>27</sup>Elaborada durante la 8a. sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado del 24 de octubre de 1956.

<sup>28</sup>Elaborado durante la 8a. sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

<sup>29</sup>Artículo 9o. y 10o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado el 16 de octubre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. El niño cuyos padres residen en estados diferentes tendrán derecho a mantener contacto directo con ambos padres salvo circunstancias especiales.

<sup>30</sup>Octubre de 1980 en La Haya.

<sup>31</sup>La Declaración de los Derechos del Niño, Resolución 1386 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, en su artículo 4o. considera ilegal el traslado y la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercen individual o conjuntamente los padres o guardadores o de cualquier institución.

Esta medida, nos permite comprobar que, si bien se toma en cuenta el interés del menor, no se desconocen los derechos de las personas que mantienen una relación jurídica con él y que la autoridad judicial deberá tomar en cuenta al momento de tomar decisiones o de aplicar medidas concretas.

Los mismos documentos internacionales, antes mencionados, señalan que la restitución no será procedente cuando se muestre que el menor ha quedado integrado a un nuevo medio o cuando exista riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico, o que de cualquier manera, coloque al menor en una situación intolerable o cuando se compruebe que el propio menor se opone a la restitución.

Es claro que, frente al derecho a obtener la restitución del niño, predomina el interés del menor. Si se demuestra que el menor se ha integrado al nuevo medio no debe ser trasladado a otro medio que, en ese momento, le es ajeno.

Las autoridades administrativas o judiciales deberán ser muy cuidadosas en valorar los elementos de juicio para descubrir el mayor beneficio para el menor y decidir los casos en que proceda o no la restitución. La restitución no afecta cuestiones de fondo del derecho de custodia, ni va en contra de la protección de derechos humanos y de libertades fundamentales. El derecho de visita, como el de custodia y el de restitución, no sólo se refiere al interés del menor, implica el reconocimiento de las partes de retener al menor por un cierto tiempo. Las autoridades deben adoptar las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos en contra de los ejercicios de ese derecho.

#### VI. PROTECCION AL MENOR QUE SE ENCUENTRA A LEJADO DE SU AMBITO FAMILIAR

Cuando no sea posible o recomendable que el menor permanezca en su familia, las leyes nacionales pueden prever que los derechos y responsabilidades de los padres respecto de sus hijos recaigan en otro miembro de la familia o de una persona designada por el último padre fallecido, a través de la tutela. En imposibilidad de esta primera opción, los Estados, a través de sus órganos, pueden localizar hogares de sustitución a través de instituciones como la adopción o de la colocación de menores, ya sea en hogares o en instituciones adecuadas.<sup>32</sup> En todo caso, en cualquier procedimiento encaminado a separar al menor de sus padres, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en la decisión y de expresar sus opiniones.<sup>33</sup> La intervención del Estado no puede ser arbitraria y debe respetar los derechos reconocidos a las otras partes.

##### 1. Adopción

Respecto a esta primera alternativa, el Convenio sobre Jurisdicción y Legislación aplicables al reconocimiento de Derechos en materia de adopción de 15 de noviembre de 1965,<sup>34</sup> expresa que la adopción procederá únicamente cuando las autoridades competentes tengan la profunda convicción de que ésta corresponde al interés del menor. Agrega que el bien del menor se impone, "pero considerarlo como principio por si solo tendría efectos inciertos, en consecuencia, el Convenio desenvuelve este principio a fin de proporcionar y definir el alcance de su aplicación".

En cada caso, la autoridad competente otorgará una particular importancia a que la adopción procure al menor un hogar estable y armonioso y deberá tener en cuenta: La personalidad, salud, situación económica, aptitudes como educador del niño del adoptante y su familia; las instalaciones del hogar. La misma autoridad deberá averiguar los motivos aducidos por el adoptante o adoptantes, la personalidad y la salud del menor; sus sentimientos y la religión tanto del menor como del adoptante. Estos elementos permitirán a la instancia competente descubrir el "mayor beneficio para el menor", y decretar o rechazar, en su caso, la adopción.

##### 2. Colocación de menores

Además de la adopción, existen otras alternativas que pueden contemplarse para los casos de menores cuyos padres

<sup>32</sup>Resolución 77-33 de 3 de noviembre de 1977 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Colocación de Menores en Hogares Familiares y en Familias Putativas. La Conferencia de Viena 1977 sobre la evolución actual y futura del Derecho de Familia en Europa Consejo de Europa. Recomendación 871/1979 de la Asamblea Parlamentaria relativa a la redacción de un acuerdo Europeo de los Derechos del Niño.

<sup>33</sup>Artículo 9 párrafo 2o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado el 16 de octubre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

<sup>34</sup>De la 10a. Convención de La Haya de Derecho Internacional Privado.

no han podido o no han querido responsabilizarse de sus hijos, entre ellas, se encuentra la colocación de menores.

Respondiendo a las necesidades de afecto, de seguridad y de cuidado continuo que requiere un menor, la Declaración sobre los Principios Sociales y Legales realizados con la Protección y el Bienestar de los Menores con referencia especial a la colocación de menores de 6 de febrero de 1987 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, ha contemplado la posibilidad de colocar a los menores desamparados en hogares alternos o instituciones adecuadas seleccionadas por las autoridades.

Se pretende evitar la colocación de niños en grandes establecimientos, al efecto, la Resolución 77-33 de 3 de noviembre de 1977 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Colocación de Menores en Hogares Familiares y en Familias Putativas, recomienda que aquéllos sean suprimidos progresivamente, para optar por la colocación de niños en hogares particulares.

La misma Resolución expresa que todas las decisiones en materia de colocación de menores debe estar fundada sobre los siguientes principios:

i) El recurso de colocación familiar deberá ser evitado en lo posible mediante medidas preventivas de ayuda adaptados a los problemas y a las necesidades particulares de las familias.

ii) Resulta conveniente considerar una solicitud de colocación familiar como la señal de alarma de una situación familiar difícil.

iii) La decisión de dejar al niño en su familia o de colocarlo en otra deberá tomar en cuenta: a) las necesidades afectivas del menor; b) su bienestar físico; c) garantizar cuidados médicos preventivos, la educación y los otros elementos necesarios que la casuística indique.

Estas disposiciones deberán asegurar, en la medida de lo posible, y cuando redunde en interés del niño: a) el mantenimiento de los vínculos con su familia; b) la estabilidad de los cuidados y de los vínculos afectivos, teniendo en cuenta el estado de desarrollo del niño, c) el respeto de la persona del niño en cuanto tal, d) un entorno cultural y social conveniente y aceptable, e) la integración en una colectividad, preferentemente la de la familia, f) la posibilidad para los adolescentes de asumir sus responsabilidades.

Si se pretende evitar la colocación de niños en grandes establecimientos, al efecto, se recomienda su supresión progresiva. También se recomienda la supresión de la colocación familiar clandestina. Se prefiere la colocación en -hogar de niños- en sus diversas variedades, pero siempre con adultos de los dos sexos a cargo de los mismos. El número de niños que no deben pasar de 15 en la colocación en familias putativas. Se pretende definir las obligaciones y los derechos de los padres que reciben niños y las condiciones que deben reunir aquéllos. Se recomiendan medidas generales en materia de política de la infancia, de ayuda a la familia, de la gestión de las colocaciones de niños, de organización, de personal y de formación, de investigación social y otras.

Nuevamente los criterios señalados por la Resolución 77-33, nos permiten configurar el "interés del menor", en este caso, de aquél que ha sido alejado de su ámbito familiar de origen. La decisión de separar a un menor de su entorno familiar y de colocarlo en lugar distinto debe tener en cuenta este principio.

## VII. CONCLUSIONES

El análisis de distintos instrumentos internacionales, uno de carácter general y otros específicos centrados en temas concretos -pero todos con especial referencia al interés del menor- y la reconocida dificultad para definir en concreto el "interés del menor", nos permite concluir que éste no se reduce a una mera declaración de buenos propósitos o intenciones, se trata de un criterio de solución ante la innumerable variedad de situaciones que pueden presentarse en la casuística.

Si nos cuestionamos a quién corresponde detectar en cada caso "el interés del menor", tendremos que responder que a varias instancias. En primer término, a la familia, y en su apoyo o defecto, el Estado a través de sus diversos órganos: legislativo, administrativo y judicial.

El menor se desenvuelve normalmente en el seno familiar, esta situación convierte en lógica la toma de decisiones por parte de los miembros del grupo familiar, en primer término los más cercanos, sus progenitores, al padre y a la madre por igual.<sup>35</sup> Sin embargo, en caso de desacuerdo entre los padres respecto de cualquier decisión que afecta a los

<sup>35</sup>El principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño, Resolución 1386 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, expresa: "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación."

intereses del menor, se prevé la intervención de una autoridad para decidir a favor de alguno de los progenitores o para adoptar en forma automática cualquier decisión que considere apropiada en bien del menor.<sup>36</sup>

Cuando la intervención de la familia no es adecuada o resulta insuficiente, interviene el Estado. Sin embargo, en esa intervención se deben tener en cuenta los derechos y deberes de los padres, representantes legales y otras personas responsables del niño, entre ellos, el de ser oído.

La actuación del Estado a través de sus órganos legislativo, administrativo y judicial debe, en todo caso, estar fundada en Derecho.<sup>37</sup>

Corresponde a los órganos legislativo promulgar leyes que protejan a los menores en sus derechos y libertades; que reconozcan como prioritario el interés del menor frente a otros intereses; y que procuren servicios y oportunidades para que los menores de desarrollen adecuadamente en el mejor de los medios posibles.

Cada Estado en su legislación interna determina los atributos y competencias de las autoridades administrativas y judiciales en cada situación concreta.

A la autoridad administrativa generalmente corresponde implementar medios de apoyo a la familia, tales como subsidios, programas educativos y el establecimiento de centros educativos y de recreo familiar.

En materia de adopción y colocación de menores, intervienen tanto las autoridades administrativas como judiciales: a la primera corresponde guardar al niño e investigar los medios para proporcionar el mejor hogar posible para el menor, con la ayuda de trabajadoras sociales especializadas y con experiencia previa en problemas de adopción. Incluso el Convenio sobre Jurisdicción y Legislación aplicables al conocimiento de Derechos en materia de Adopción de 15 de noviembre de 1965 de la 10ma. Convención de La Haya de Derecho Internacional Privado, prevé la colaboración de instituciones privadas calificadas en materia de adopción.

A la autoridad judicial, compete evaluar los datos proporcionados por la autoridad administrativa y por las partes interesadas y otorgar la adopción sólo cuando se ha formado la profunda convicción de que se logrará un beneficio para el menor.

En las cuestiones sobre pensiones alimenticias, custodia, visitas, secuestros o retención ilícita de menores interviene la autoridad judicial de cada Estado.

Las autoridades administrativas y judiciales normalmente están dotadas de una amplia discrecionalidad para definir en cada caso concreto el beneficio para el menor. El interés del menor es el principio que justifica la intervención de las autoridades administrativa y judicial y ese mismo interés marca el límite, la oportunidad y la conveniencia de la actuación de los Estados a través de sus autoridades.

La exposición presentada y las conclusiones a las que se ha llegado, nos permiten afirmar que el concepto "interés del menor", debiera ser considerado como indeterminado. Ante la dificultad de definirlo, debemos optar por considerarlo como un principio que se desenvuelve, tanto en los derechos nacionales como en el Derecho Internacional. En éste a través de declaraciones de principios y de las convenciones en cuanto son aceptadas y ratificadas por los Estados. Cada instrumento en particular establece los criterios para definir el interés del menor.

Desde el punto de vista individual, el mayor beneficio para el menor, es el reconocimiento de sus derechos y libertades fundamentales, así como el trato preferencial respecto a los mayores de edad. Evitar cualquier acto que represente un perjuicio o un daño para el menor también redundará en su beneficio.

En relación a su entorno familiar, en algunos casos el mayor beneficio del menor, consiste en la permanencia en su familia de origen, pero en otros resulta más conveniente colocar al niño en un hogar alternativo, por medio de la adopción o colocación del menor. Si bien no se puede dejar de tomar en cuenta la presencia de los intereses de otros miembros de la familia, el del menor adquiere una categoría predominante frente aquéllos.

En cada caso concreto, la instancia familiar o la autoridad encargada de tomar decisiones y de aplicar medidas, debe realizar una evaluación de diversos elementos, entre otros, edad, condiciones económicas, culturales y afectivas, para localizar el mayor beneficio para el menor que es el fin que se pretende obtener y que es común en la variedad de instrumentos analizados.

<sup>36</sup>Principio 1 de la Recomendación R-84-4/72 de febrero del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Responsabilidad de los Padres. 6.

<sup>37</sup>Todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, una consideración primordial a que se tiende es el interés superior del niño, artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado el 16 de octubre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

VIII. BIBLIOGRAFIA

Convención sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Alimenticias relativas a Menores, elaborada durante la 8a. Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 24 de octubre de 1956.

Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de Obligación Alimenticia relativa a Menores, elaborado durante la 8a. Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 15 de abril de 1958.

Declaración de los Derechos del Niño, Resolución 1386 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

La Carta Social Europea y los Derechos del Menor de 18 de octubre de 1960, Consejo de Europa.

Convenio sobre la Competencia de Autoridades y de Legislación aplicables en materia de Protección de Menores de 5 de octubre de 1961 en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Convenio sobre Jurisdicción y Legislación aplicables al conocimiento de Derechos en materia de Adopción de 15 de noviembre de 1965 de la 10ma. Convención de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Convención Europea en materia de Adopción de Menores de abril de 1967 del Consejo de Europa.

Resolución 77-33 de 3 de noviembre de 1977 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Colocación de Menores en Hogares Familiares y en Familias Putativas.

La Conferencia de Viena de 1977 sobre la evolución actual y futura del Derecho de Familia en Europa. Consejo de Europa.

Recomendación 874/1979 de la Asamblea Parlamentaria relativa a la redacción de un acuerdo Europeo de los Derechos del Niño.

Convenio Internacional de las Naciones Unidas de 1980 -Conferencia de Copenhague- sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer y los Derechos del Niño.

Conferencia de La Haya, Derecho Internacional Privado, XXVIII Convención sobre los Aspectos Civiles sobre la Sus-tracción Internacional de Menores de octubre 25 de 1980 en La Haya.

Convención Europea sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Derechos en materia de Guarda de Menores y el Res-tablecimiento de la misma de 20 de mayo de 1980 del Consejo de Europa.

Recomendación R-84-4/27 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Responsabilidad de los Padres, 1983.

Moción de la 47 Reunión de las Organizaciones Gubernamentales que tienen estatuto consultivo respecto del Consejo de Europa y se hayan presentes en los derechos del hombre, reunida en 1984.

Decreto de Promulgación de la Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en materia de Adopción de Me-nores realizada en La Paz, Bolivia el 24 de mayo de 1984.

Protocolo núm. 7 del Convenio para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales aprobado por el Consejo de Europa en otoño de 1984.

Declaración sobre los Principios Sociales y Legales realizados con la Protección y el Bienestar de los Menores con referencia especial a la colocación de menores de 6 de febrero de 1987 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 15 de julio de 1989 en Uruguay de la Organización de Estados Americanos.

Convención sobre los derechos del Niño, aprobado el 16 de octubre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, sobre Obligaciones alimentarias, en Uruguay 15 de julio de 1989.