

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO  
UNIDAD ACADÉMICA PROFESIONAL CUAUTITLÁNIZCALLI**



**“EL ESTUDIO COMPARADO DEL PROCESO DE GUARDA Y CUSTODIA EN  
MENORES CON PADRES DE NACIONALIDADES (MÉXICO- PERÚ)”**

TESINA

PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO INTERNACIONAL

PRESENTA:

**SHEERLANE DAFFNE TORRES CARRASCO**

ASESORA:

M. EN D. YAEL LILIANA ROSS HERNÁNDEZ

Solía decir mi abuelo:

“¡Si es posible, lo hacemos ¡

¡Si es imposible, lo haremos ¡”

Alejandro Jodorowky.

## **RESUMEN.**

Los ámbitos de estudios internacionales entre México y Perú se encuentran en una etapa de grandes cambios jurídicos gracias a la globalización ya que ningún ordenamiento jurídico está exento de estos avances, específicamente aquellas que atienden a los derechos de los niños y la cooperación internacional por medio de los tratados internacionales. Esta investigación expone los cambios y sucesos relevantes, en la guarda y custodia de los menores, comprende de un desarrollo progresivo con diferentes etapas, que inician desde la recopilación de información, planteamiento de los antecedentes jurídicos, el marco teórico, tipo de investigación y desarrollo hasta la comparación de las características que presentan las regulaciones jurídicas de la guarda y custodia.

Para llevar cabo la investigación, fueron considerados aspectos como las normas jurídicas y su denominación jurídica de cada país. Así mismo, con el objetivo de obtener información de calidad.

La metodología de la investigación fue un enfoque cualitativo, la recopilación de la información descriptiva y documental del procedimiento de guarda y custodia de cada nación, la información fue recopilada mediante un análisis jurídico de derecho comparado que nos permitió encontrar convergencias y divergencias.

Los principales resultados demostraron que en ambas legislaciones se privilegia la guarda y custodia de los menores.

## **ABSTRACT.**

The scopes of international studies between Mexico and Peru are in a great stage of legal changes due to globalization, any legal system is exempt from these modifications, specifically those that deal with children's rights and international cooperation through international agreements. This research exposes the relevant events and changes about care and custody of children, including a progressive development of different stages, starting from compilation of information, legal background planning, the theoretical framework, type of research and development and the comparison of the characteristics presented by the legal regulations of care and custody.

In order to accomplish the investigation and get valuable information, aspects such as legal norms and legal denomination of each country were considered.

The research methodology was a qualitative approach, the compilation of descriptive and documentary information of custody procedure of each nation, was collected through a legal analysis of comparative law that allowed us to find convergences and divergences.

The main results showed that both legislations privilege the custody of minors.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I.</b>	
<b>ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GUARDIA Y CUSTODIA DE LOS MENORES MÉXICO Y PERÚ</b>	<b>8</b>
1.1. Antecedentes históricos de la guarda y custodia de los menores con padres de nacionalidad México y Perú.	8
1.2. Etapas del desarrollo histórico de la guarda y custodia de menores con padres de nacionalidad México y Perú.	9
1.3. Orígenes históricos jurídicos de la guarda y custodia en México	9
1.4. Denominación y evolución jurídica de la guarda y custodia.	13
1.5. Historia de los derechos de los niños a la actualidad	17
1.5.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.	18
1.5.2. Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños.	19
1.5.3. Declaración de los Derechos del Niño.	20
1.5.4. Convención sobre los Derechos de los Niños.	21
1.5.5. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.	27
<b>CAPÍTULO II.</b>	
<b>COMPARACIÓN Y SIMILITUDES EN LOS TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS EN LA GUARDA Y CUSTODIA EN LOS MENORES CON PADRES DE NACIONALIDAD MÉXICO Y PERÚ.</b>	<b>43</b>
2.1. Diferencias y similitudes en el concepto de guarda y custodia en menores con padres de nacionalidad México y Perú.	43
2.2. Concepto de guarda y custodia en menores de nacionalidad mexicana.	43
2.3. Guarda y custodia en menores de nacionalidad peruana.	51
2.4. Trámites y procedimientos en la guarda y custodia México y Perú.	56
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS 1980.</b>	<b>64</b>
3.1. Ámbito de la aplicación de la Convención.	66
3.2. Convenio relativo a los aspectos civiles.	68
3.3. Excepciones a la obligación dentro del Convenio.	71
3.4. El traslado o no regreso de un menor será considerado como ilícito.	73
3.5. Derecho de guarda y custodia en el presente convenio.	77
3.6. Principios rectores en el convenio.	78
3.7. Medidas provisionales para el menor dentro del convenio.	84
3.8. Requisitos para visitas de menores conforme al convenio.	89
3.9. La ejecución del Convenio	96

3.10.	Cuando el país es requirente	98
3.11.	Cuando el país es requerido	99
	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>103</b>
	<b>RECOMENDACIONES</b>	<b>110</b>
	<b>REFERENCIAS</b>	<b>112</b>
	<b>ANEXOS</b>	<b>118</b>

## **INTRODUCCIÓN.**

El presente análisis jurídico de derecho comparado pretende determinar las exigencias en las legislaciones de México y Perú que contribuirán con el marco jurídico regulatorio del procedimiento de guarda y custodia con base en el derecho civil y sus regulaciones específicas del procedimiento. Lo anterior, mediante una investigación documental, descriptiva y un estudio jurídico comparado, utilizando el método cualitativo.

Para este trabajo de investigación se entenderá el nombre oficial de los Estados Unidos Mexicanos, como México y la República de Perú como Perú con la finalidad de no ser reiterativo.

El propósito de esta investigación es ofrecer un panorama de los Códigos Civiles Federales vigente en México y Perú, respecto a la guarda y custodia de los menores, la idea de fondo que lleva esta investigación es reflexionar de qué manera y hasta qué punto las legislaciones están dando respuesta a los problemas que derivan de los convenios internacionales y las normas de cada país, en esta materia.

No solamente es importante estudiar la guarda y custodia de menores en sí, sino que también lo es por las dificultades que lleva cada caso del mismo tema. Los supuestos de guarda y custodia en menores deben ser analizados como instituciones (naturaleza jurídica), así como en relación a los Convenios Internacionales que hablan de ella. Es primordial analizar este tema desde una perspectiva integral que contemple el estudio de los sectores de la competencia judicial internacional, el derecho aplicable el reconocimiento y ejecución del proceso, sino también el de cooperación internacional.

La guarda y custodia en los menores es una figura compleja, es necesario hacer un análisis que ofrezca una visión conjunta e integral de los códigos civiles y las características, y el alcance de ésta, que establezca fuentes de comunicación entre: las legislaciones de cada país que es el marco de referencia necesario para la protección y garantías de los derechos del menor y el interés del menor; el derecho

familiar que juega entre los ámbitos públicos y privados que estudia las relaciones familiares, así como establecer el nivel de estado en el tema.

El punto de partida consiste en que la guarda y custodia en los menores trasforma una serie de naturaleza jurídica diferente y que están vinculadas al derecho del menor a convivir con ambos padres. De tal manera, el resultado de esta crisis hace que forzosamente surjan nuevas relaciones entre los progenitores, además que los obliga a reestructurar las relaciones entre ellos y los menores.

Se le dedicará especial atención a; la Convención de la Haya 1980; la Convención sobre los Derechos de los Niños; en los referentes a la regulación autónoma se estudiarán los Códigos Civiles Federales y de Procedimientos Civiles de las Entidades Federativas, así como los respectivos Códigos a nivel Federal.

Todos estos elementos son los cimientos de esta tesina que se estructura en tres capítulos incluyendo la presente introducción, conclusiones, recomendación y anexos.

El primer capítulo se detiene a exponer los antecedentes del concepto de guarda y custodia en los menores con padres de ambas nacionalidades (México- Perú) y el proceso de restitución en caso de violación de dicho proceso, analizamos también de que manera la competencia judicial internacional queda diseñada a partir del establecimiento de los denominados Convenios los cuales se establecen en función del punto de conexión y por ultimo abordamos las fuentes del derecho familiar provenientes del marco convencional.

Como nota particular nos enfocamos a los convenios relacionados directamente con los derechos del menor en los supuestos de guarda y custodia y que dichos convenios son de una política convencional multilateral, ya que ninguno de ellos deriva de una relación convencional de carácter bilateral.

En el segundo capítulo analizaremos detenidamente las diferencias y similitudes que encontramos en la guarda y custodia de los menores con padres de ambas nacionalidades (México- Perú) y el proceso de restitución en caso de violación de



dicho proceso. Estudiaremos la unilateralidad de las normas de competencia judicial internacional y su coincidencia en la norma de competencia territorial de cada país. Igualmente analizamos las similitudes que tenemos en el derecho familiar en México y Perú. Abordamos las técnicas de reglamentación utilizadas para dar respuesta al sector de derecho aplicable y la manera en que el juez utiliza la norma para dar respuesta al tema.

En este sentido, consideramos la competencia y los códigos civiles en los cuales nos basamos de cada país. La estructura jurídica mexicana resulta relevante ya que siendo México una Federación en la cual cada Entidad conserva sus facultades para legislar, nos encontramos frente a un país en el que existe un Poder Federal que legisla y otros 32 que legislan automáticamente; de igual manera encontramos órganos judiciales y administrativos como Entidades Federativas que existen.

En Perú se encuentra reconocida la tenencia compartida pero no se encuentra desarrollada, lamentablemente solo se encuentra descrita en una línea del art. 81° del código civil peruano y su uso se encuentra supeditada a la interpretación del interés superior del menor y a discrecionalidad del juez.

Se hace mención de la Convención de la Haya donde se analizan los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en este apartado examinamos los procedimientos, los alcances y los límites de dicha convención. Abordamos de qué manera se cumple el convenio en los tribunales, la separación de las decisiones sobre la restitución del menor y la determinación de la competencia judicial internacional, para conocer sobre el tema. Así, la decisión sobre el retorno del menor es estudiada desde diferentes perspectivas.

Por último, se señalan algunas cuestiones preliminares que se presentan en el texto. En primer lugar, aclarar el uso del término “tenencia” del menor para referirnos al derecho de guarda y custodia atribuido a uno o ambos progenitores ya sea madre o padre. El concepto de “tenencia o guarda y custodia” de manera general se refiere a la posesión y control que se tiene por un objeto o un bien, es decir se tiene la

prioridad sobre algo. Ahora bien, este concepto dispone de una utilidad más extendida que pudiera no ser del todo correcta.

En el ámbito familiar se emplea este concepto con mucha frecuencia al ejercicio de derechos y obligaciones que tienen los padres frente a sus hijos; considero que la intención legislativa de incluir este término no tiene la finalidad de comparar un atributo inherente de la patria potestad con la posesión y control que se tiene sobre algo. Es así que en el cuerpo de la tesina se utilizará este concepto en alguna ocasión en el entendido de que son los padres lo que tienen la obligación de velar por el interés y el bienestar de los menores, y es precisamente la capacidad para cumplir con este deber la que determina a quién de los dos progenitores o ambos se le atribuirá este derecho.

En segundo lugar, es importante indicar que en la investigación haremos mención de algunos convenios y legislaciones tanto internacionales como nacionales de cada país mencionado. En específico, estas referencias nos permitieron comparar los contenidos autónomos y las prácticas para explicar cómo están reguladas estas figuras jurídicas desde una perspectiva crítica-constructiva ya que estamos conscientes de que en esta disciplina no se pretende que las soluciones sean estrictamente autónomas. Por el contrario, la creación de los convenios internacionales y la adhesión de los Estados justifican que deban incorporarse diferentes modos de operación. Todas estas circunstancias revelan la importancia que tiene el incluir el estudio, otros ordenamientos, jurisprudencias, casos y en buena parte doctrinas internacionales.

### **Importancia del problema.**

La Guarda y Custodia es para decidir sobre qué progenitor debe ostentar dicho derecho y se rige el principio del beneficio del menor, en el caso de que no exista acuerdo entre los padres, además de oír al propio menor, se examinarán las aptitudes de los cónyuges, relaciones con los menores, condiciones y entorno de cada uno de los progenitores y todas aquellas circunstancias que ofrezcan la estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral del menor.

Para garantizar el acierto en la resolución judicial, el Juez puede acordar de oficio que se practiquen las pruebas necesarias para dictaminar la resolución sobre quién debe ostentar la patria potestad o guarda y custodia. Antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará el informe del Ministerio y oirá a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario.

La guarda y custodia compartida se dará cuando los padres lo soliciten en la propuesta del convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

Prevalece el criterio de no separar a los hermanos y el mismo no procede en los casos de proceso penal por violencia doméstica o cuando el Juez advierta indicios fundados de tales actos.

La guarda y custodia se instituye cuando los padres están separados de hecho o mediante una sentencia judicial, con el fin de establecer cuál de los padres se quedará con la compañía de los menores.

Cuando se habla de custodia de un menor, se refiere a aquellos casos en que los menores tienen padre y madre luchan por tenerlos a su lado y también pugnan por verlos, debido a que ambos padres tienen iguales derechos, los cuales se les autoriza velar por los bienes e intereses del menor.

Para recurrir al Juez Especializado deben de existir los siguientes requisitos:

- Que exista una separación de hechos entre padres del menor.
- Que no exista acuerdo entre los padres para determinar con quien se queda el menor.
- Que el solicitante acredite con pruebas los hechos que demuestran que resulta más convenientes para el menor estar bajo su compañía.
- El documento que acredite su vinculación con el menor.

La sustracción de menores por parte de un familiar que no tiene la custodia legal es un delito constitucional. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) prohíbe a cualquier padre o familiar llevarse a un menor sin tener la guarda y custodia.

Los ministros comentaron que, para definir el régimen de convivencia, un juez debe tomar en cuenta la edad, necesidades y costumbres de los menores, así como el tipo de relación con el padre o madre que no tenga la custodia, los orígenes del conflicto familiar, e incluso la disponibilidad y personalidad del padre no custodio, y la distancia geográfica entre ambos hogares.

En marzo de 2012, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que tanto mujeres como hombres están capacitados para atender a hijos menores de 10 años, por lo que ambos pueden solicitar y obtener la custodia.

### **Problema de investigación.**

¿Para la protección de menor con padres de ambas nacionalidades (México- Perú) sería opción tener una ley reglamentaria que regule el proceso de guarda y custodia en ambos países?

### **Objetivo general.**

Determinar la afinidad entre Códigos Civiles Federales de ambos países comparados para entender el procedimiento de guarda y custodia y proponer un proceso positivo, aplicando al igual que una creación de un reglamento que facilite el trámite de guarda y custodia de menores con padres de ambas nacionalidades (México- Perú) y el proceso de restitución en caso de violación de dicho proceso.

### **Objeto de estudio.**

Derecho Civil, Familiar y procedimiento de guarda y custodia con padres de nacionalidades (México- Perú).

### **Preguntas de investigación.**

1. ¿Cuáles son los antecedentes históricos de la guarda y custodia?
2. ¿Cómo empezó el procedimiento jurídico de guarda y custodia en México y Perú?
3. ¿Cuáles son las similitudes y diferencias en el procedimiento de guarda y custodia en menores con padres de ambas nacionalidades (México-Perú)?
4. ¿Cómo facilitaría la creación de un reglamento entre ambos países en el procedimiento de guarda y custodia?
5. ¿Qué no permite tener la certidumbre y agilidad de un proceso de guarda y custodia, benéfico para el menor con padres de ambas nacionalidades?

### **Objetivo específico.**

Determinar la necesidad de una ley reglamentaria que facilite el proceso de guarda y custodia en menores con padres de ambas nacionalidades (México- Perú) con el fin de no violar el procedimiento.

### **Metodología empleada y/o planeación y alcance del trabajo a desarrollar.**

La tesina se realizará conforme al método comparativo y descriptivo el cual permitirá el análisis de ambos procedimientos legales de guardia y custodia para el menor por lo tanto se determinará los datos que se requieren para alcanzar los resultados esperados para la ley reglamentaria requerida. La estructura de investigación se diseñó siguiendo el sentido metodológico deductivo, esto es de lo general a lo particular, partiendo de elementos simples a los complejos.

## **CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN LOS MENORES MÉXICO Y PERÚ**

En presente capítulo tiene como objetivo dar a conocer las circunstancias y procesos que anteceden a la guarda y custodia del menor, las consecuencias que llevaron a este procedimiento jurídico en el ámbito civil tenga lugar y tiempo determinado, tomando en cuenta puntos específicos que evolucionaron con el paso del tiempo para lograr tener mayor entendimiento en la materia.

### **1.1. Antecedentes históricos de la guarda y custodia en los menores con padres de ambas nacionalidades (México y Perú).**

Es importante determinar los rasgos jurídicos que analizaremos de la guarda y custodia en los menores con padres de ambas nacionalidades (México - Perú), especificar aquellos en que se precisaron los antecedentes históricos de la investigación y aquellos que permitieron dar cumplimiento a los objetivos.

Los aspectos a tener en consideración son:

**Denominación:** nombre o expresión identificativo, es decir, la misión de la expresión que se le atribuye a la guarda y custodia, identificarlo frente al resto de la misma especie o categoría, para que pueda ser reconocido y por supuesto no confundirlo.

**Normativa Jurídica:** es una regla del comportamiento humano en este caso, la guarda y custodia dictada por la autoridad competente, con un criterio de valor y cuyo incumplimiento trae aparejado una sanción, generalmente impone deberes y confiere derechos, atendiendo a este significado, cuando se habla de guarda y custodia se hace referencia al contenido de un texto jurídico, sea este de rango constitucional, legal o reglamentario y en general de cualquier disposición que genere obligaciones y derechos.

**Exigencias:** imposición jurídica para que se produzca el objetivo de la guarda y custodia en los menores de nacionalidad México y Perú.

**Efectividad:** es la capacidad de la guarda y custodia para lograr el fin deseado, que es definido previamente y para el cual se han desplegado acciones jurídicas estratégicas para llegar a él.

## **12. Etapas del desarrollo histórico de la guarda y custodia en los menores con padres de ambas nacionalidades (México y Perú).**

Son descritos por medio de etapas, los antecedentes jurídicos más sobresalientes de la guarda y custodia, desde que surge hasta la actualidad, en los diversos ámbitos internacionales de estudio los cuales son México y Perú haciendo énfasis en los avances jurídicos y los aspectos considerados como son la denominación, la normativa jurídica, las exigencias y por último la efectividad, ya mencionadas en el punto anterior.

## **13. Orígenes históricos jurídicos de la guarda y custodia en México.**

La guarda y custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco, y se encuentra regulada dentro del Código Civil Federal. Esta figura ha tenido una evolución importante en la jurisprudencia, en las relaciones familiares y en el propio derecho.

En el Derecho Romano (753 a. c- 130 d. c), el padre tenía el control y autoridad sobre todos los miembros de la familia, a tal grado de poder privar de la vida a los hijos, cuando éstos cometían faltas. Después, se empezó a tener la posibilidad de juzgar a los padres, por infanticidio.

Este poder absoluto ha ido disminuyendo, aunque sin desaparecer, ha evolucionado al grado de que, se puede juzgar al padre abusivo.

Los argumentos usados durante mucho tiempo para mantener la guarda y custodia de los hijos por los padres consistieron en afirmar que para criar y mantener a los hijos en orden y obediencia era necesario dejarlos bajo el cuidado legal del padre

hasta la mayoría de edad, ya que la madre carecía de derechos y solo era un objeto de reverencia y respeto, es decir una figura decorativa. (Percy, 2002)

La regla era que el padre tenía derecho a la custodia de los hijos, salvo que se probara que era incapaz de tenerla, y que su deber era mantener, proteger y educar a sus hijos, lo cual quedó así establecido por la ley.

Se presentó un proceso de flexibilidad en la ley, que permitía considerar a la madre como capaz de criar a los hijos cuando éstos fueran menores de siete años. Después de 1900, es cuando progresivamente se comienza a presentar un cambio en la legislación y en los criterios de su aplicación, que consistió en reconocer y regular la custodia de los hijos con preferencia hacia las madres con la misma fuerza que durante tantos años se concedió a los padres. (Barcia Lehmann, 2008)

Lo anterior no es excepción en nuestros códigos civiles a pesar de que no se regula aspecto alguno en particular a la guarda y custodia de los hijos, sólo se establecen normas relativas a la patria potestad, de cuyos atributos son la guarda y custodia. En este sentido las disposiciones consideran que la guarda y custodia corresponde ejercerla a los progenitores mientras estos sobrevivan durante la minoría de edad de los hijos, aun cuando se reconoce su ejercicio para ambos, existe un artículo que expresa en primer lugar a la madre y en segundo al padre.

El Código Civil de 1870 nos presenta una disposición cuyo contenido expresa lo que podría ser un acercamiento a la custodia compartida, en el artículo relativo a las medidas provisionales en el juicio de divorcio que, guardadas las proporciones, correspondería a lo estipulado actualmente por el artículo 282 del código vigente, cuando dice en su artículo 266:

“Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras dure el juicio las disposiciones siguientes:

1a....



2a....

3a. Poner a los hijos al cuidado *de uno de los cónyuges o de los dos...*”

Queda claro que esta posibilidad sólo ocurría durante el juicio de divorcio, pues una vez dictada la resolución, el cónyuge culpable perdería la patria potestad, lo que definitivamente lo excluiría del ejercicio de la guarda y custodia; también se señala que, a pesar de lo anterior, el culpable continuaría con las obligaciones derivadas de la ley para con sus hijos.

Esta nueva perspectiva parece estar sostenida en la realidad percibida a través del orden natural y percepción y práctica de los propios roles de género asignados a hombres y mujeres. En este sentido se ha llegado a sostener, como fenómeno universal, a lo largo de la evolución de las relaciones familiares y de la legislación en la materia, que la mujer está hecha para cuidar del hogar y de los hijos, fundamentales de la mujer es cumplir con el hogar y el rol de esposa y madre. Esa es la ley del creador.

Esta preferencia subsiste en países del *Comon Law*, como Estados Unidos de América e Inglaterra, hasta la década de los setenta, y en México, encontramos una clara práctica de este criterio, aún con las reformas (2004). Siempre en todos los casos argumentando el interés superior del niño.

Es a partir de estos periodos que la legislación y los criterios de aplicación de la ley, relativos a la guarda y custodia de los hijos, comienzan a establecer que la custodia de éstos debe ser decidida sin tomar en cuenta el sexo de los progenitores, obviamente, con la carga de género que se les asigna, en el interés superior del niño; por supuesto, atendiendo a la CEDAW y a los instrumentos genéricos de derechos humanos que establecen los principios de igualdad, del hombre y la mujer, ante la ley, así como de no discriminación. Seguramente con gran influencia de la declaración y la Convención sobre Derechos del Niño, los cuales establecen los estándares internacionales que los Estados de la comunidad internacional deben observar, en este caso respecto a los derechos y obligaciones familiares, para

cumplir tanto en la práctica como legislativa y judicialmente con relación a los menores, y en particular, respecto al derecho de convivencia de los menores con sus progenitores. En este tiempo de igualdad ambos padres deben ser considerados igualmente calificados para criar a sus hijos.

Con la anterior podemos concluir que la guarda y custodia era escasa para la madre e inclusive limitaba los derechos de la madre, a lo largo del tiempo se creó la Convención de la Mujer en la cual se aplicaban los derechos y la no discriminación hacia la mujer y así poder luchar jurídicamente por la guarda y custodia y así resultado favorable para le evolución del derecho.

Según Echevarría, en su tesis Doctoral “la Guarda y Custodia Compartida de los Hijos”, realizada en La Universidad de Granada, Facultad de Derecho, se plantea la problemática actual del Derecho de Familia, la Guarda y Custodia Compartida de los hijos, y refiere que La Custodia Compartida implica una cooperación entre ambos progenitores, apartando el conflicto inicial que fue la separación para tener en cuenta los derechos de sus hijos, quienes son los más afectados en este tipo de situaciones y lo que plantea la Tenencia o Custodia Compartida es velar por su desarrollo integral. (Echeverria Guevara, 2011, pág. 89)

Por su parte Steffen, en su tesis para optar el grado académico de Magister en Ciencias de la Educación con Mención en: Orientación Familiar, Relaciones Humanas y Familia, muestra las diferencias entre chicos en tenencia compartida y en tenencia monoparental. El rango de edades va de 4 a 10 años. Los chicos en tenencia compartida resultaron los más satisfechos con el tiempo que pasaban con cada uno de sus padres. Los padres en tenencia compartida resultaron ser los más involucrados con sus hijos. (Steffen Caceres, 2003)

Por tanto, nos dice que una de las ventajas de la Tenencia Compartida es la cooperación derivada de compartir la tenencia entre padres, elimina o reduce los cambiantes compromisos de lealtad de los hijos hacia cada padre que provoca la tenencia monoparental.

#### **14. Denominación y evolución jurídica de la guarda y custodia.**

Cuando se produce una separación o un divorcio y hay hijos, la guarda y custodia de estos puede ser adjudicada a cualquiera de los progenitores. La decisión final depende de varios factores. (Gonzalez Reguerra, 2009, pág. 158)

La expresión conjunta "guarda y custodia" suele utilizarse con mucha frecuencia, lo que explica que haya sido recientemente acogida y bautizada a nivel legislativo por el art. 748.4º de la nueva Ley de 281 Derecho Privado y Constitución Núm. 15. Enero-Diciembre 2001 Luis Felipe Ragel Sánchez Enjuiciamiento Civil, que enumera los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Mas esa expresión conjunta no se contiene en ningún precepto del Código civil, si bien los dos términos que la componen han figurado por separado en dicho texto legal. Así, el art. 67, en su redacción conforme a la Ley de 24 abril 1958, posteriormente derogada, se refería a la "persona bajo cuya custodia haya de quedar".

Por otra parte, aunque las Partidas ya se referían a la obligación de "criar é aver en guarda" (Ley 3, tít. 19, P. 4), la Ley de 13 mayo 1981 introdujo tímidamente la palabra "guarda" en algunos preceptos del Código civil (vgr., arts. 158, 174 y 1903); fueron la Ley de 11 noviembre 1987 y la Ley orgánica de 15 enero 1996 las que difundieran ese término en numerosas disposiciones legales. (García Pastor, 1997)

La palabra "guarda" tiene como concepto en el diccionario de la Real Academia, "persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa", deriva del francés antiguo la expresión "ser una persona o cosa en guarda de uno", lo que quiere decir "estar bajo su protección o defensa" .Por otra parte la palabra "custodiar" significa, en su primera acepción, "guardar con cuidado y vigilancia" .Así la palabra guarda y custodia son prácticamente iguales, aunque la segunda venga a suponer algo más que la primera, una guarda cuidadosa, tiene como concepto que define con quien va convivir el hijo cuando se produce un divorcio o una separación.

Quien ejerce la guarda y custodia sobre un niño tiene a su cargo la obligación de brindarle todos los cuidados, buen ejemplo y atenciones necesarios para su sano desarrollo, formación y educación, en un ambiente de respeto, cariño, seguridad, salud, libre de violencia, donde existan las mejores condiciones para ello, con el objeto de que en un momento dado y de manera paulatina pueda lograr su autosuficiencia e independencia.

Originalmente la guarda y custodia surge como una consecuencia necesaria de la separación, como una parte importante de la patria potestad, que bajo condiciones normales de la vida de pareja, es decir, cuando los progenitores forman una familia y viven juntos al lado de sus hijos, ya sea casados o en concubinato, pero formando una familia estable, ambos padres ejercen la guarda y custodia sobre sus hijos en forma espontánea y conjunta, complementándose y apoyándose el uno al otro en las diversas actividades cotidianas que implican los cuidados del menor. (González , 2009)

Las circunstancias ambos padres tienen es una participación constante y directa en la educación y formación del menor en la toma de decisiones, en los cuidados y atenciones que se requieren día con día, que se le brindan al vivir bajo el mismo techo, conviviendo de manera directa y cotidiana con ellos, ya sea que sigan cada uno de los padres los roles de conducta de una familia tradicional, donde el padre es esencialmente proveedor y la madre participa desempeñando la interminable tarea de atender personalmente las labores del hogar y el cuidado de los hijos, o bien, como ocurre cada vez con mayor frecuencia en las familias, la mujer también sale diariamente a buscar el sustento familiar y desempeña una actividad fuera del hogar para complementar el aporte masculino, y así entre ambos brindar a la familia todos los recursos necesarios para mejorar sus condiciones de vida, lo que en la mayoría de los casos significa para la mujer asumir una doble tarea.

En México, cada una de las entidades federativas regula en su legislación local los criterios para determinar a quien se le debe asignar la guarda y custodia de los menores en caso de divorcio de los padres, los criterios son variables, pero la verdad de las cosas es que los Códigos Civiles de cada una de las entidades federativas

determinan en la mayoría de los casos que se le debe dar preferencia a la madre con respecto al padre, así en el Distrito Federal el artículo 282° previene que los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, podemos advertir que el legislador utiliza la palabra deberán para enfatizar que el juzgador debe elegir preferentemente a la madre, siempre que esta no represente un peligro para el menor, de manera semejante.

En el estado de Nuevo León, se da igual preferencia a la madre para custodiar a los menores de diez años, en Sonora se le da esa preferencia a la madre en todos los casos, siempre y cuando exista disposición por parte de la madre y no tenga una conducta nociva a la salud física y psicológica del menor, en general, los Códigos Civiles de los Estados establecen una preferencia de la madre como la persona más apta para el cuidado de los menores.

México firmo y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, que es un tratado internacional de carácter sectorial que establece como un derecho fundamental del menor la convivencia plena con ambos progenitores, buscando siempre el interés superior del niño, así como el derecho del menor para que sea escuchado en el juicio y sea tomada en cuenta su opinión, lo que pone de manifiesto una debilidad por parte de las autoridades mexicanas para cumplir con los compromisos internacionales en esta materia.

En el Distrito Federal el artículo 282-Bfracción II, del Código Civil establece que en caso de una controversia del orden familiar, el juez pondrá a los menores hijos de las partes bajo el cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio, esto significa que para este cuerpo normativo, la guarda y custodia compartida es únicamente una "posibilidad", mas no una prerrogativa de los padres, pues el legislador claramente utiliza la expresión "pudiendo compartir la guarda y custodia", por lo que dicha figura solo existe para aquellos casos en que haya un convenio entre los padres, por otra parte el artículo 283-bis del mismo ordenamiento dispone lo siguiente:

*En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida, él Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana de los hijos” sólo existe la guarda y custodia compartida en aquellos casos donde hay un acuerdo de los padres, atendiendo a la autonomía de la voluntad de las partes, más no está previsto como un derecho que los progenitores puedan reclamar o exigir en juicio.*

Establece que la guarda y custodia compartida sólo se establecerá por convenio de los padres y en caso de no hacer este convenio el juez será quien decida con cuál de los progenitores quedará el menor dando siempre preferencia a la madre, el siguiente ordenamiento claramente dispone en el artículo 282 B fracción II tercer párrafo lo siguiente:

*En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Decimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad. Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre salvo en los casos de violencia familiar cuando sea ella la generadora o exista peligro para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.*

Los menores deberán quedar de manera preferente al cuidado de la madre, a quien claramente le atribuye una obligación legal de ser la persona más apta para los menores y se le confiere una preferencia.

Si bien es cierto que en muchos casos, o quizá en la mayoría de ellos sí sea la persona correcta, es indudable que hay otros muchos en los que el más apto para el cuidado de los hijos es el padre, sin embargo dichos preceptos claramente discriminan a este progenitor únicamente por el hecho de ser varón, lo que es una violación al principio de igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer, consagrado en artículo cuarto constitucional que claramente establece en su segundo párrafo lo siguiente:

*El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.*

La Convención sobre los Derechos del Niño, es un tratado internacional de derechos humanos de carácter sectorial en protección de un grupo vulnerable, que son precisamente los niños y los pactos internacionales celebrados por el Estado deben ser cumplidos a cabalidad, a este respecto coincidimos con Carbonell, quien señala:

Todas las autoridades de todos los niveles de gobierno están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales. (Carbonell, 2012)

Nació como tal la denominación de guarda y custodia al mismo tiempo que se desarrollaron bastantes cambios que al día de hoy siguen vigentes, por lo cual se puede considerar que hasta esta etapa la guarda y custodia son eficientes puesto que en varios estados se están aportando medidas similares con el fin de salvaguardar los derechos de los menores ante la guarda y custodia.

#### **15. Historia de los derechos de los niños a la actualidad.**

Los niños son las personas más afectadas por las diferencias y problemas que hay en el mundo. Por esto, las diferentes organizaciones mundiales que velan por la protección de los derechos del hombre y que regulan las relaciones internacionales, han sentido la necesidad de crear organismos que se ocupen especialmente de los niños para poder brindarles una mejor atención y protección. Mencionando las organizaciones de los derechos humanos a los derechos de los niños más destacadas para el estudio de este trabajo para poder analizar y observar los cambios de dichos derechos.

### **1.5.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.**

Los Derechos Humanos expresan el compromiso, de que se garantice que todas las personas, puedan disfrutar de los bienes y libertades necesarios para una vida digna. En este contexto, los derechos humanos constituyen normas fundamentales de la conducta interna de un estado, el que debe de garantizar y satisfacer los derechos humanos de sus ciudadanos, mediante el cumplimiento irrestricto de las garantías de los derechos humanos establecidos en la Constitución y con las leyes que atiendan de manera eficiente , las necesidades en esta materia.

Una definición que no puedo dejar de asentar es la de Pérez, por qué señala las características esenciales de lo que son los derechos humanos: define los derechos humanos como el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad e igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. (Pérez Luño, 1999)

Una de las características que se resalta universalmente, es el reconocimiento de que todo ser humano, por el solo hecho de serlo, es titular de los derechos fundamentales que el Estado no puede arrebatarse por ningún motivo; son los derechos universales que corresponden a todo habitante en la tierra.

Los derechos humanos empiezan a partir del siglo XVII cuando empiezan a contemplarse declaraciones explícitas con base en la idea contemporánea del “derecho natural”.

La expresión más notoria del reconocimiento de los derechos humanos, se encuentra en el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948) donde se firma que “todos los seres nacen libre e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y consecuencia, deben comportarse fraternalmente los unos a otros” postulados que nos conduce a determinar que los derechos humanos son universales, porque son válidos para cualquier ser humano en cualquier tiempo y lugar, absolutos por qué siempre tienen



prioridad, en caso de conflicto con cualquier otro derecho; imprescriptible porque siempre tiene vigencia y no se pierden jamás, incluso en caso de que un individuo decida no ejercerlo, sigue siendo poseedor de tales derechos, inalienables por que no se les pueden arrebatar a ningún sujeto, ni si quiera en el caso de que este sujeto hubiese violado sistemáticamente tales derechos.

Cabe restablecer que en nuestro país, los derechos humanos, siempre han estado presentes en la Constitución, vinculados de alguna forma para su observación de ahí, la trascendencia que tiene el acatamiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos internacionales de materia de derechos humanos, en el contexto de reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales del hombre.

En 1966 se consolidó el proceso de la internacionalización de los derechos humanos, con la adaptación de los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, sociales y culturales de naciones Unidas, en vigor desde 1976, con la adaptación en la convención Americana de Derechos Humanos, la última ratificación por todos los países latinoamericanos, los cuales han reconocido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

Actualmente el proceso de internacionalización de los Derecho Humanos, está en una tercera etapa, en la que se ha desarrollado la incorporación del derecho Constitucional interno de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, consistente en establecer en el texto de la misma Constitución, el valor que debe darse a las declaraciones y tratados, en relación con las normas Constitucionales y legales relativas a los derechos humanos, inclusive ello ha permitido la aplicación de los tratados y convenios internacionales, en materia de derechos humanos, directamente por los tribunales internos.

### **1.5.2. Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños.**

Empezando con la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños el cual es el primer texto que reconoce la existencia de derechos específicos para las niñas y niños. Iniciado por Jebb, (1928) conocida también como fundadora de la

organización Save the Children Jebb en 1945, tras la I Guerra Mundial, advirtió la necesidad de proteger especialmente a niñas y niños. Esta organización tenía la misión de ayudar a niñas y niños afectados por la guerra.

La declaración contiene 5 únicos artículos:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido;
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

Fue adoptada por la Sociedad de Naciones, predecesora de la Organización de Naciones Unidas, (1924). En 1959, Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño y más tarde llegaría la Convención sobre los Derechos del Niño, que data de 1989.

### **1.5.3. Declaración de los Derechos del Niño.**

Esta declaración fue aprobada el 20 de noviembre de 1959, por la Asamblea General de la ONU. En diez principios, la Declaración establece los derechos del niño para que disfrute de protección especial y disponga de oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse en forma sana y normal, en condiciones de libertad y dignidad; para que tenga un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento; para que goce de los beneficios de seguridad social y reciba tratamiento, educación y cuidados especiales si tiene algún padecimiento; para crecer en un ambiente de afecto y seguridad; para que reciba educación y figure entre los primeros que reciban protección y socorro en casos de desastre; para que

se le proteja contra cualquier forma de discriminación, a la par de que sea educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, por la paz y la fraternidad universal. Esta Declaración, además de proclamar los derechos de las niñas y de los niños, insta a los padres, a los adultos, a las organizaciones y a las autoridades, a que reconozcan estos derechos y luchen por su observancia. La declaración de los derechos del niño, (1959)

En el caso de México, el Congreso de la República, ratificó la Convención por medio de la Asamblea Nacional Constituyente (1990), donde incluyó el criterio y los principios de protección integral de la niñez en su doble dimensión; bien como garantía de los derechos de los Niños, y como protección en condiciones especialmente difíciles.

Los principios básicos que se manejan en derechos humanos son tanto el respeto y la protección de la dignidad y el valor de la persona humana Campos (1993), como el reconocimiento de que toda persona tiene derecho y libertades contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los instrumentos posteriores. (Garcia Mairon, 1997)

#### **1.5.4. Convención sobre los Derechos de los Niños.**

La Convención sobre los Derechos del Niño es un convenio de las Naciones Unidas que describe los derechos que tienen todos los niños y establece las normas básicas para su bienestar y desarrollo. Los países que ratifican la Convención y que por consiguiente, se convierten en Estados Partes de la misma aceptan comprometerse legalmente a sus estipulaciones e informar regularmente a un comité de derechos del niño sobre sus avances.

En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó una Declaración Universal de los Derechos Humanos. Implícitamente en este documento incluía los derechos de los niños, pero estos no tardaron en alcanzar su independencia dado que las necesidades particulares de los niños debían ser especialmente definidas. En 1959 las Naciones Unidas aprobaron una declaración sobre los derechos del

niño que contenía diez derechos y que no constituía una obligación legal para aquellos países que la firmarán.

Durante el Año Internacional del Niño en 1979, la comisión creó un equipo de trabajo para coordinar la reestructuración del documento que se presentó a los Gobiernos de todo el mundo. Antes de aprobar el texto definitivo vinieron diez años de rigurosos estudios y negociaciones.

En 1989 se concluyó la Convención y fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre. En 1990 comenzó a aplicarse después de ser ratificada por veinte países; para el primero de febrero de 1996, la Convención había sido adoptada por ciento ochenta y siete Gobiernos diferentes.”

Históricamente la Convención es el primer código universal de los derechos de los niños, que implica obligatoriedad para los países que la acogen; contiene 54 artículos y reúne en un solo tratado todos los asuntos pertinentes a los derechos de los niños, los cuales pueden dividirse en cuatro amplias categorías: Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (2017)

- Derecho a la Supervivencia.
- Derecho al Desarrollo.
- Derecho a la Protección.
- Derecho a la Participación

La Convención sobre los derechos del niño es un tratado internacional en el cual se reconocen los derechos de los niños y establece en forma de ley internacional para los Estados Partes.

La Convención sobre los derechos del niño, define como “niño” a toda persona menor de diez y ocho años, a menos que las leyes de un determinado país reconozcan antes la mayoría de edad. En algunos casos, los Estados tienen que ser coherentes a la hora de definir las edades para trabajar y para hacer parte del sistema educativo. La Convención es estricta en casos como la condena a pena de

muerte, estableciendo la prohibición para menores de diez y ocho años (es esta una de las razones por las cuales los Estados Unidos no han ratificado este tratado).

Los niños son considerados seres humanos y titulares de sus propios derechos, es decir no se consideran propiedad de sus padres y son individuos y miembros de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad.

La jurisprudencia, ha considerado que el género debe ser el menor, constituido por dos especies: el niño y el adolescente, de lo que se concluye que el primero, es diferente del segundo, o que el adolescente no es niño aunque ambos sean menores. (Ibañez Navajar, 2007) La Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que los adolescentes (menores entre quince, dieciocho años) no son niños y por lo tanto no se les aplica.

Sin embargo una posición minoritaria de la doctrina difiere del pensamiento general de la Corte en el sentido en que el artículo primero de la Convención Sobre los Derechos del Niño, no hace distinción alguna entre niño y adolescente y por lo tanto se entiende que el adolescente tiene la misma protección del niño.

En nuestro sentir consideramos que la corte ha adoptado una posición errada frente a la interpretación de la palabra “niño” ya que si la Convención no hace ninguna distinción entre un niño y un adolescente, sin en cambio el alto tribunal menciona la diferencia y peor aún, en algunos casos, como respecto del derecho a la educación, ha determinado que la cobertura de este derecho es obligatoria hasta los dieciocho(18) años, adoptando así una interpretación “acomodada” del significado de la palabra niño.

Luego de suscribir e incorporar en la ley mexicana la Convención sobre los Derechos del Niño, el Gobierno se ha visto en la necesidad de desarrollar planes específicos para poder otorgar una protección efectiva a estos.

La legislación por la infancia, la formulación y puesta en marcha en los últimos diez años del Plan de Atención en Favor de la Infancia en el que adopta la metas de la

cumbre mundial de 1990 y le da prioridad a la niñez en la agenda política, económica y social del Estado. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, (2001).

Las últimas observaciones finales realizadas por el Comité de los derechos del niño en México se llevaron a cabo el 16 de octubre de 2000 en el informe CRC/C/15/Add. Este es un examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 44° de la Convención. Las siguientes son las observaciones más importantes hechas por este organismo:

- La adhesión por parte de México a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños (1994) y a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonales y sobre su Destrucción (2000) se considera una medida positiva.
- El Comité celebra la creación, en cumplimiento de sus recomendaciones (CRC/C/15/Add. párrafo 14), de estructuras para promover y proteger los derechos del niño como el Oidor del Niño y la sesión creada para niños de la Defensoría del Pueblo.
- Preocupa al Comité que la legislación del Estado Mexicano sobre los derechos del niño no sea todavía enteramente compatible con los principios y disposiciones de la Convención.
- El Comité recomienda que el Estado Mexicano revise su legislación existente y la armonice con toda la disposición de la Convención. También recomienda reactivar el proceso iniciado para revisar el Código del menor de 1989. En este proceso deben participar todos los sectores que intervienen en la promoción y protección de los derechos del niño.
- Se ha expresado la preocupación de que las funciones judiciales y administrativas en asuntos de la infancia, incluido el nombramiento de jueces y defensores del niño y de la familia, y de que esta situación constituya una violación de la norma internacional claramente establecida de la

independencia del poder judicial e infrinja los principios y las disposiciones de la Convención.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, el Comité recomienda que México:

- Se cerciore de que la privación de libertad se utiliza solamente como último recurso, durante el período más breve posible y sólo para delitos graves;
- Mejore las condiciones de vida de los niños en los centros de reeducación;
- Intensifique y amplíe su esfuerzo por hallar soluciones sustitutivas a la privación de libertad,
- Cree servicios eficaces de libertad condicional para menores, en particular para los que salen de los centros de rehabilitación, con objeto de favorecer su reintegración en la sociedad,
- Refuerce sus programas de formación sobre las normas internacionales pertinentes destinados a los jueces, a los profesionales y al personal que trabaja en la justicia de menores.

El Comité recomienda que el Estado Mexicano solicite asistencia internacional en materia de justicia de menores de, entre otros, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Centro para la Prevención Internacional del Delito, el UNICEF y la Red internacional sobre justicia de menores por conducto del Grupo de 43 Coordinación sobre Asistencia y Asesoramiento Técnicos en Materia de Justicia de Menores.

Lo anterior son las recomendaciones y observaciones importantes hechas por el Comité de los derechos del niño para México, para mejorar los derechos de los menores y mejorar las normas internacionales de diferentes instituciones.

**Línea de tiempo I: Convención sobre los Derechos de los Niños.**

1948

- La asamblea general de las Naciones Unidas, aprobo la Declaracion de los Derechos Humanos.

1959

- Las Naciones Unidas aprobaron una declaracion sobre los derechos de los niños y contenian 10 derechos.

1978

- El gobierno de polonia, sometio a la Comision de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la version provisional de una convencion sobre los derechos de los niños.

1979

- La comision crea un equipo, para la restrusturacion del documento para presentarlo a los gobiernos del mundo..

1989

- Se concluyó la convencion, fue adoptado por la asamblea general de la naciones unidas.

1990

- Comenzo a aplicarse y se ratifican 20 paises.

1996

- La convencion ya se habia ratificado en 187 paises diferentes.

Fuente: Elaboración personal.



### **1.6.5. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.**

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) es una organización semiautónoma ya que pertenece al sistema de las Naciones Unidas, pero cuenta con su propio cuerpo de gobierno. Dentro de este sistema es una de las entidades El Comité de los Derechos del Niño, (2013) encargada de la protección y promoción del derecho de los niños alrededor del mundo, de satisfacer sus necesidades básicas y de aumentar las oportunidades que se les ofrece para que puedan alcanzar plenamente sus potencialidades. Fondo de las Naciones Unidas, (2003).

En el curso de los años, UNICEF, ha centrado su atención en satisfacer las necesidades más apremiantes de millones de niños en más de 150 países de África, Asia, América Latina y el Caribe, que no pueden acceder a derechos esenciales, como la salud, nutrición o la educación y que son víctimas de situaciones límite en desastre, guerra, condiciones de extrema pobreza, violencia y explotación.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ONU ha delegado a la UNICEF para que ésta vele por la protección de los derechos de los menores ayude a satisfacer sus necesidades básicas y aumente sus oportunidades de vida.

Conforme a ésta delegación la UNICEF se ha puesto al frente de la gran tarea que significa investigar y analizar la situación de los menores en el mundo para entrar a desarrollar programas y planes que ayuden a la supervivencia, protección y desarrollo de los niños, ya que estos, forman parte integral del progreso de la humanidad. Para poder realizar sus objetivos la UNICEF moviliza la voluntad política y los recursos materiales para ayudar a los países, en particular a aquellos llamados del tercer mundo, a garantizar que los niños tengan derechos prioritarios sobre los recursos y a crear la capacidad de establecer políticas apropiadas y ofrecer servicios para los niños. Se empeña también en garantizar que se dé una efectiva protección a los niños más desfavorecidos: víctimas de la guerra, desastres, extrema pobreza, todas las formas de violencia y explotación y los menores con discapacidades.

En coordinación con los organismos humanitarios y los países asociados de las Naciones Unidas, la UNICEF pone a disposición de las entidades que colaboran con ella, sus servicios de respuesta rápida para aliviar el sufrimiento de los niños y de las personas responsables de su cuidado.

La UNICEF, no es una organización partidista y su cooperación no es discriminatoria, en todo lo que hace tienen prioridad los niños más desfavorecidos y los más necesitados. Por medio de sus programas, por diferentes países, tiene el objetivo de promover la igualdad de derechos de la mujer y de los niños y de apoyar su plena participación en el desarrollo político, social y económico de sus comunidades. (Fondo de las Naciones Unidas, s.f.)

La UNICEF, se guía por lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, y una de sus metas es lograr que estos derechos sean principios éticos, perdurables, y normas internacionales de conducta hacia los niños.

Inicialmente, la UNICEF fue creada para ayudar a la infancia afectada por la guerra, pero con el pasar del tiempo esta ha evolucionado y entrado a desempeñar un papel más amplio, un ejemplo de esto es el objetivo que tiene la UNICEF de erradicar la pobreza en el mundo, también, dentro de sus objetivos están las políticas de los países ya que estas afectan a los niños. Para analizar profunda y detenidamente los diferentes cambios que ha experimentado con el pasar de los años la UNICEF, miraremos su evolución histórica.

**La Década de los Cincuentas:** la época de las campañas contra las enfermedades masivas. “Para promover la salud infantil en general”. Con esta frase inició UNICEF su camino hacia la protección de los niños. Esta frase era indicativa de la finalidad y objetivos para los cuales nació la UNICEF.

Durante la segunda guerra mundial, y en el periodo inmediatamente posterior, se dieron muchas enfermedades las cuales se multiplicaron por todo el mundo, en particular las distintas formas de tuberculosis, la llamada plaga blanca, las cuales alcanzaron dimensiones epidémicas. Como consecuencia de esto en 1947, la Cruz

Roja Escandinava pidió ayuda a la UNICEF para alcanzar una campaña internacional contra la tuberculosis con el objetivo de inmunizar a todos los niños europeos no infectados. En esta campaña se utilizó por primera vez la vacuna BCG, la cual fue muy importante para disminuir notablemente esta enfermedad a nivel mundial. Junto con la campaña anteriormente mencionada se desarrollaron muchas otras, las cuales, se constituyeron en las primeras y más espectaculares medidas de asistencia internacional, además influyeron en los cambios de prioridad de la UNICEF, extendiendo sus programas hacia otras áreas geográficas como el Oriente Medio, el subcontinente indio y el Extremo Oriente, y desplazando el foco desde los primeros auxilios de emergencia para la infancia, hacia la atención de la salud preventiva a largo plazo.

Esta incursión de la UNICEF en el área de la salud y en las campañas a nivel mundial, lograron la erradicación de muchas enfermedades, un ejemplo de esto es la desaparecida enfermedad de la Frambesia, la cual a principio de los años cincuenta había contagiado aproximadamente a veinte millones de personas en todo el mundo (20`000.000), con la campaña promovida por la UNICEF, en 1955, se estaban tratando más de cien mil (100.000) casos de la enfermedad al mes, en Tailandia, ya se habían curado más de un millón (1`000.000) de personas afectadas, con esta perspectiva se veía claramente que la Frambesia sería pronto una enfermedad del pasado. Un caso similar ocurrió con la Tuberculosis, enfermedad que hacia mediados de los años cincuenta unos tres millones (3`000.000) y medio de niños de todo el mundo eran examinados y más de un millón (1`000.000.) vacunados.

Otro ejemplo es Ceilán, que entre 1945 y 1960 la tasa de mortalidad por paludismo cayó de mil trescientos por millón a cero. Pero no todo fue positivo ya que la finalidad de estas campañas, promovidas por la UNICEF, tenía como propósito solucionar transitoriamente el problema de salud a nivel mundial mientras que se reestablecían los servicios regulares de salud, pero esto nunca ocurrió por lo que se hizo más difícil y costosa la expansión y sostenimiento de la lucha librada por las campañas.

La UNICEF también estaba altamente comprometida con la alimentación infantil, y durante los dos primeros decenios de su existencia el núcleo de sus esfuerzos a favor de la nutrición fue la provisión de leche. Para lograr esto utilizó las donaciones realizadas, entre otros, por el gobierno de Estados Unidos para poder distribuir la leche a través de las escuelas y los centros de salud a más de cuatro millones (4'000.000) de niños, mujeres embarazadas y madres lactantes.

La lección más importante que se desprende de los programas de los años cincuenta es que los países llamados “tercermundistas” tuvieron acceso a los programas de salud y alimentación con los cuales se aliviaron muchas dificultades que contribuían a su atraso.

**La Década de los Sesentas:** el decenio del desarrollo. Las Naciones Unidas decidieron que el decenio de 1960 sería el decenio del desarrollo. En su discurso de investidura como presidente, Kennedy señaló: “Nos dirigimos a todos aquellos que viven en la chozas y aldeas de la mitad del planeta, luchando por romper las cadenas de miseria masiva. Les prometemos nuestro mejores esfuerzos para ayudarles a que se ayuden a sí mismos”, con esta nueva orientación en las relaciones internacionales se inició un rápido proceso de descolonización a nivel mundial y nueva época de cooperación.

Con esta nueva política enfocada “hacia el desarrollo” pareciera ser que la UNICEF no tendría mucha incidencia y cambios en aquel decenio. Pero esto no fue así. En los primeros años de 1960, la UNICEF trató de absorber el nuevo torrente de ideas y de trazar su propia vida dentro de él.

En 1960 la UNICEF inició un estudio especial sobre las necesidades de la niñez, acompañado de unos “informes de situación”, de cómo vivía la infancia. El informe final *La Situación de la Infancia en los Países en Desarrollo*, le dio una luz a la UNICEF, respecto de las perspectivas que debían tener las naciones sobre cómo ayudar a los niños y mejorar su calidad y condiciones de vida.

El informe entrelazaba el tejido económico y social, relacionado con el bienestar de la infancia de un modo innovador y presentaba una teoría del desarrollo que subrayaba la importancia de satisfacer las necesidades humanas durante las diversas fases de la infancia y la adolescencia, y resaltó la importancia de incluir en los Planes Nacionales de Desarrollo una partida presupuestal destinada exclusivamente a los niños más desfavorecidos ya que no había que olvidar que estos serían el futuro del mundo y deberían ser el objetivo de todas las políticas destinadas a construir “el capital humano de un país”.

Si la infancia era el recurso más precioso de un país, entonces sus necesidades e intereses no debían ser atendidos meramente en tiempos de infortunio. El bienestar de la infancia debería construir un objetivo específico de inversión y en realidad de todo el esfuerzo de desarrollo; y puesto que en este análisis debían participar los institutos de investigación, las encuestas nacionales y los estudios de planificación, todas estas actividades eran susceptibles de ser apoyadas por la UNICEF. La importancia concedida por la UNICEF a la “planificación a favor de la infancia” estuvo confirmada por su declaración especial en 1962 sobre las políticas relacionadas con el Decenio del Desarrollo, ratificada ese mismo año por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En 1962, las Naciones Unidas reconocieron formalmente que la UNICEF era una organización de desarrollo más que asistencial y comenzaron a revisar sus trabajos en el marco económico y social del sistema, en lugar de los de carácter humanitario. En 1965 la UNICEF recibió el premio NOVEL de la PAZ.

El otro gran cambio fue el abandono de la segmentación de las necesidades de la infancia. En adelante la UNICEF, consideraría las necesidades de la infancia conjuntamente con las de sus progenitores y educadores y tendría en cuenta al niño de forma integral. El resultado inmediato fue un cambio de política mediante el cual la UNICEF estaba dispuesta por primera vez, para satisfacer a los países en desarrollo a proporcionar fondos para la educación tanto formal como noformal.

Todas estas actividades realizadas por la UNICEF contribuyeron a la explosión demográfica en los países “tercermundistas” por lo que en 1966, la junta ejecutiva de la UNICEF opto por el concepto “paternidad responsable”, el cual tenía como objetivo fundamental el mejoramiento del bienestar y calidad de vida de la infancia.

**La Década de los Setentas:** la época de las alternativas. Aunque gracias al decenio del desarrollo se incrementó considerablemente el crecimiento económico en los países tercermundistas, esto no significó la disminución de la pobreza en los mismos, por el contrario la pobreza creció, aumentando así la brecha entre la población rica y pobre y entre los países ricos y pobres. Esta situación condujo a un nuevo cambio de pensamiento acerca del desarrollo. Era claro que este decenio debía centrarse en establecer medidas centradas en los pobres, con el fin de ayudarlos a satisfacer sus necesidades básicas de alimentación, agua, vivienda, salud y educación; sin poner en peligro las perspectiva económica de crecimiento. Por lo tanto el lema económico fue: “crecimiento con redistribución” y “satisfacción de las necesidades básicas”.

A principios de los setentas, se produjeron dos acontecimientos muy importantes a nivel internacional en materia económica. El primero, fue el choque petrolero causado por los países de la UPEP que tuvo como consecuencia encarecer la industria y la energía, lo cual dificulto el desarrollo. El segundo, fue la escasez global de alimentos ocasionada por dos cosechas mundiales desastrosas en 1972 y 1974.

Estos acontecimientos y las nuevas corrientes de pensamiento tuvieron importantes repercusiones en la UNICEF. En 1974 la Junta Ejecutiva de la UNICEF hizo una declaración formal de “emergencia a favor de la infancia” y empezó a considerar urgentemente que tipos de programas y estrategias podrían realizar para llegar la infancia de forma más efectiva en relación con los costos. En 1975, la Junta ejecutiva de la UNICEF, revisó los resultados de dos importantes estudios: uno se refería a las prioridades de nutrición infantil en el mundo en desarrollo y el otro, dirigido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) trataba de los “métodos alternativos para satisfacer las necesidades básicas en materia de salud”.

Basada en estos estudios, la UNICEF desarrolló unas estrategias para cubrir las necesidades de la población menos favorecida, proponiendo un conjunto de servicios básicos integrados y suficientemente flexibles para adaptarse a cada comunidad. Tales servicios consistían en el pesaje de bebés, estimulación infantil precoz y el mantenimiento de bombas manuales entre otros, y eran prestados por la propia comunidad. Estos voluntarios podían actuar como “trabajadores descalzos” para prestar servicios locales.

En 1976 la Junta Ejecutiva de la UNICEF adoptó oficialmente el enfoque de los servicios básicos. Durante estos dos primeros decenios de desarrollo, UNICEF había alegado que las acciones a favor de la infancia formaban parte de un movimiento económico y social mucho más amplio.

Pero esto tenía un inconveniente y era que las necesidades especiales de la infancia corrían en peligro de quedar subsumidos en un marco muy general, por lo tanto la Unión Internacional para el Bienestar de la Infancia, radicada en Ginebra, y otras Organizaciones No Gubernamentales (ONG) relacionadas con la infancia, lograron persuadir a las Naciones Unidas para que declararan a 1979 como el Año Internacional del Niño (AIN).

**La Década de los Ochentas:** la campaña a favor de la supervivencia de la infancia. A comienzos de este decenio (el tercer decenio del desarrollo) a nivel mundial se estaba viviendo una gran recesión. Los países industrializados habían disminuido notablemente su crecimiento y la tasa de desempleo había aumentado significativamente. Esta situación afectó a los países del “tercer mundo” y tuvo como consecuencias las crisis de la deuda externa. Esta situación repercutió gravemente en los pobres por lo que se promovió el llamado “ajuste con rostro humano”, propuesta iniciada por la UNICEF la cual tendría incidencia en las decisiones de las políticas sociales y económicas de los países.

El Año Internacional del Niño de 1979, el cual tuvo gran éxito, indicaba que era el momento oportuno a favor de la infancia, por lo que se inició una revolución en pro de la supervivencia del niño, que más tarde incluiría el desarrollo infantil. En ese

momento la UNICEF planteaba que el ataque directo a la mortalidad infantil era un instrumento del desarrollo. En una recuperación del espíritu de las grandes campañas contra las enfermedades masivas de los años cincuenta, la UNICEF propuso derrotar las infecciones comunes de la primera infancia utilizando técnicas médicas sencillas las cuales tenían un costo bajo.

La causa en favor de la supervivencia de la infancia tuvo un extraordinario eco en todo el mundo, con el cual se consiguió mucho apoyo político y popular. Esto fue el resultado de dos grandes avances ocurridos en los decenios anteriores. El primero, la gran expansión de la educación básica en todo el mundo, el segundo estuvo originado por la revolución en los medios de comunicación que permitió llegar por primera vez a millones de personas mediante la radio y la televisión.

Durante los años ochenta, la UNICEF desarrolló y adaptó una estrategia de movilización social. No solo incorporó a los medios de comunicación y publicidad, sino que también estimuló la participación de promotores desde todos los rincones de la sociedad para que se unieran al movimiento a favor de la supervivencia y desarrollo de la infancia. Desde líderes religiosos, a Embajadores de Buena Voluntad, desde jefes de Estado a alcaldes, desde personalidades del deporte a profesionales, desde asociaciones profesionales a sindicatos, colaboraron con la difusión de su mensaje. Esta campaña desbordo al propio UNICEF. En 1985 en la ceremonia del cuarenta aniversario de las Naciones Unidas, los Estados miembros renovaron su compromiso de cumplir el objetivo, establecido originalmente en 1977 de alcanzar la inmunización infantil universal para 1990.

Los países en desarrollo también realizaron un gran esfuerzo, para alcanzar al menos una cobertura de inmunización del ochenta por ciento (80%) de la población infantil.

Afinales de este decenio, los avances en materia de nutrición eran tan estimulantes como para permitir que en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia de 1990 se estableciera la meta de reducir a la mitad los niveles de desnutrición infantil hacia el año 2000. Se estimó que gracias a la revolución en pro de la supervivencia y el



desarrollo del niño se habían podido salvar las vidas de aproximadamente doce millones de niños. Uno de los resultados alcanzados por la UNICEF, gracias a las políticas adoptadas, fue la conferencia internacional celebrada en 1990 en Jomtien-Tailandia bajo los auspicios del PNUD, la UNESCO, la UNICEF y el Banco Mundial, que estableció la meta de “educación para todos en el año 2000”. La capacidad de movilización internacional de la UNICEF, fue decisiva para que en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobara la Convención sobre los Derechos del niño.

El 2 de septiembre de 1990, la Convención entro en vigor como una norma jurídica internacional al alcanzar el número requerido de ratificaciones. Al año siguiente más de 90 países habían ratificado la Convención, y a finales de septiembre de 1995 el total era de 179 países. Ninguna convención de derechos humanos había logrado nunca una ratificación tan amplia ni tan rápida. El 30 de septiembre de 1990, 71 jefes de Estado y de Gobierno asistieron a la cumbre mundial a favor de la infancia.

La cumbre constituyó uno de los acontecimientos más importantes en la historia de la UNICEF, ya que las cuestiones de la infancia alcanzaron su punto más alto en la agenda internacional.

La Década de los noventa: Un decenio a favor de los derechos de niño. La cumbre mundial a favor de la Infancia del 30 de septiembre de 1990 fue un acontecimiento muy importante ya que fue utilizado como plataforma de lanzamiento de un proceso más amplio de planificación y compromiso a favor de la infancia.

**En los años noventa**, los jefes de Estado adoptaron un compromiso en defensa de la infancia, algunos incluso integraron la causa de la infancia dentro de sus programas políticos.

En septiembre de 1993, en el tercer aniversario de la Cumbre, el Secretario General de las Naciones Unidas convocó una mesa redonda en Nueva York bajo el lema de “Mantenimiento de la promesa a favor de la infancia”, la cual reiteró el compromiso de las letras de la cumbre y aprobó los objetivos para mediados del decenio, dentro

de los cuales se encuentra la ratificación universal de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como objetivos para el control de enfermedades específicas y deficiencias nutricionales.

La estrategia de financiación para conseguir estas metas se denominó “Iniciativa 20/20”, consistente en un llamamiento a los países en desarrollo para que destinen al menos un veinte por ciento (20%) de sus presupuestos a las necesidades básicas, y a los países industrializados para que asignen el veinte por ciento (20%) de su ayuda al desarrollo para el mismo fin. En los años noventa, se dio un colapso en las frágiles estructuras administrativas y políticas que empujaron a muchos países a llegar a una situación de “Estado Fracasado”. En estos escenarios de emergencia, la situación de la infancia ha estado dominada por una combinación de conflictos bélicos y de desastres económicos ambientales.

Esto ha relegado las perspectivas de desarrollo y ha reorientado la atención hacia derechos específicos del niño, en particular, sobre los niños y las minas terrestre, los niños y el reclutamiento militar, y los niños perdidos y desplazados por causa de los conflictos.

En materia de salud las campañas contra enfermedades que afectan gravemente el bienestar de los menores han continuado, y gracias a las mismas, muchas enfermedades se han erradicado y muchas otras se han logrado controlar satisfactoriamente.

Un claro ejemplo de esto es que en 1998 más de las 2/3 partes de todos los niños del mundo menores de cinco años cuatrocientos cincuenta millones (450.000.000) fueron inmunizados contra la poliomielitis.

El Estado Mundial de la Infancia del año 2000, hace un llamado a todos los países del mundo para que reafirmen su compromiso en beneficio de los niños, con el fin de proteger sus derechos y que estén libres de la pobreza, discriminación, violencia y enfermedad.

En materia de salud las campañas contra enfermedades que afectan gravemente el bienestar de los menores han continuado, y gracias a las mismas, muchas enfermedades se han erradicado y muchas otras se han logrado controlar satisfactoriamente.

Un claro ejemplo de esto es que en 1998 más de las 2/3 partes de todos los niños del mundo menores de cinco años cuatrocientos cincuenta millones (450.000.000) fueron inmunizados contra la poliomielitis.

En este nuevo estudio realizado por la UNICEF, se ve claramente como la situación no ha cambiado radicalmente desde 1996, tal vez lo único que agudiza la crisis mundial es la expansión del SIDA que actualmente toma como víctimas a un gran número de niños en el mundo, especialmente en el África, donde aproximadamente unos 200.000 niños y niñas murieron de esta enfermedad volviéndola la mayor causa de muerte en este continente, incluso superior al número de muertos por las guerras civiles.

Por otra parte en 1997, 123 países firmaron la Convención sobre la prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción. En 1998, se otorgó a la Corte Penal Internacional (otro mecanismo de determinación de responsabilidades a escala internacional), facultades para enjuiciar como criminales de guerra, a quienes reclutan y utilizan en hostilidades a niños menores de diez y ocho años. (Informe Mundial de la Infancia, 2000)

Uno de los temas que más ha preocupado al mundo respecto a la infancia, es la salud. Dentro de las proyecciones de la UNICEF para el nuevo milenio, se encuentra el erradicar la polio, la extensión del uso de las sales de rehidratación oral (SRO) para evitar las enfermedades diarreicas como el cólera.

Un nuevo tema ha surgido en materia de salud: el paludismo y el SIDA, los cuales hoy en día centran la atención de los centros de investigación científica y de los recursos económicos del mundo. También se enfoca en otros aspectos

fundamentales como la pobreza; buscando la erradicación de algunos síntomas de ésta, tales como el analfabetismo, la degradación ambiental, la inseguridad alimentaria y la explotación de los niños en lugares de trabajo, son también un desafío para la UNICEF. (1999)

Finalmente las metas más importantes señaladas por la UNICEF para este nuevo milenio se pueden resumir en las siguientes:

- Reducción de 1/3 de la tasa de mortalidad de menores de cinco años respecto de los niveles de los noventa.
- Reducción a la mitad de las tasas de mortalidad materna respecto de los niveles de los noventa.
- Reducción a la mitad de las tasas de desnutrición de los menores de cinco años en todo el mundo respecto de los niveles de los noventa.
- Consecución del noventa por ciento (90%) de cobertura de inmunización de menores de un año, erradicación de la polio, eliminación del tétanos neonatal, reducción de la morbilidad por sarampión en un noventa por ciento (90%) y de la morbilidad en un noventa y cinco por ciento (95%). (En comparación con los niveles anteriores a la inmunización).
- Reducción a la mitad de la mortalidad infantil por enfermedades diarreicas.
- Reducción de 1/3 de la mortalidad infantil por Infecciones respiratorias agudas (IRA)
- Educación básica para todos los niños y finalización de la enseñanza primaria en un ochenta por ciento como mínimo.
- Agua potable y sistemas seguros de saneamiento para todas las comunidades.

También, la UNICEF, promueve una cultura en la cual se busca que todos los niños tengan las mismas oportunidades para desarrollar sus capacidades y potenciales al máximo.

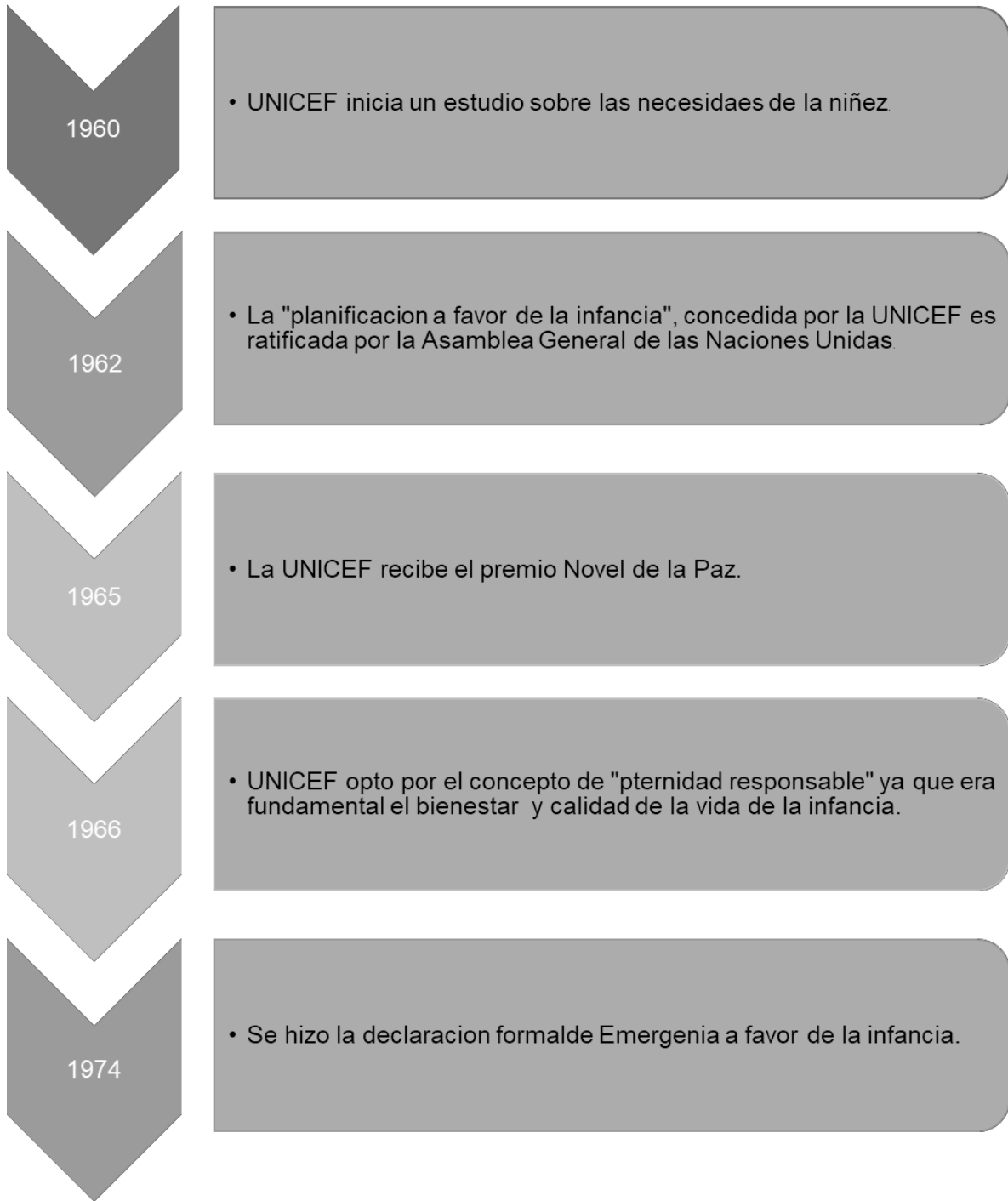
Así mismo, la UNICEF realiza programas y campañas para cubrir las necesidades básicas de los niños. La aplicación de estos programas se centra en la reducción de las inequidades del país, en la situación que viven los niños a causa del conflicto armado y otras series de violaciones de los derechos del niño.

Los programas de la UNICEF alcanzan a aquellos que tradicionalmente no han sido alcanzados, incluyendo a los niños trabajadores, los niños afectados por emergencias y el VIH/ SIDA.

Es de vital importancia la presencia de la UNICEF ya que contribuye a dar sentido y continuidad a los programas en favor de los niños más allá de los programas de gobierno. La finalidad es ir consolidando una nueva cultura de la infancia en la cual se respete los derechos de la niñez, donde todos los niños sean valorados y reconocidos como personas en proceso de desarrollo, con necesidades específicas y apremiantes que la sociedad debe entrar a resolver.

**Línea del tiempo II: Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia.**





1975

- UNICEF reviso los resultados de los programas de salud de la OMS.

1976

- Se opto oficialmente el enfoque e los servicios basicos.

1979

- Año internacional del niño.

1985

- Los estados miembros renuevan sus compromisos.

1989

- La UNICEF es parte decisiva para la asamblea general de las naciones unidas.

Fuente: Elaboración personal.



## **CAPÍTULO II. COMPARACIÓN Y SIMILITUDES EN LOS TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS EN LA GUARDA Y CUSTODIA EN LOS MENORES CON PADRES DE AMBAS NACIONALIDADES (MÉXICO Y PERÚ).**

En el presente capítulo se desarrollarán las teorías, conceptos, diferencias, similitudes, definiciones que fundamentan la investigación con base al planteamiento del problema, se encuentran plasmadas las fuentes documentales que permitieron detectar, extraer y recopilar la información de interés, así como aquellas que aportaron referencias conceptuales que determinaron el tema y brindaron un marco de referencia para interpretar los resultados, del mismo modo son identificadas y explicadas de las posturas de los conceptos y definiciones asumidas durante el desarrollo de la investigación en cada ámbito de estudio.

### **2.1. Diferencias y similitudes en el concepto de guarda y custodia en menores con padres de ambas nacionalidades (México y Perú).**

Es importante desglosar los conceptos y definiciones que conforman el tema de la investigación, es decir, aquellos que fueron asumidos durante el desarrollo para lograr los objetivos de la misma, teniéndose por entendido que los ámbitos de estudio, son México y Perú, solo conforman el espacio en donde son aplicadas dichas figuras jurídicas.

Cabe señalar que la guarda y custodia es un derecho jurídicamente reconocido en todo el mundo, con diferentes denominaciones, ya que la guarda y custodia lo integran sus garantías y su esencia en general, lo cual ha dado lugar a que se conceptualice como una figura jurídica con distintas denominaciones.

### **2.2. Guarda y custodia en menores con padres de nacional mexicana.**

En México principalmente es asumido el concepto de guarda y custodia con la definición general del derecho-deber de los padres de convivir con los hijos y correlativa obligación de éstos de hablar con sus padres, tales como lo marca la ley.

Entiendo como precepto, aquella orden o regla establecida por una ley, para la presente investigación de los derechos del menor y aquellas exigencias que aseguren una guarda y custodia en materia civil, las cuáles tienden a regular la participación de las partes.

La figura jurídica de la guarda y custodia dentro de nuestra legislación no es contemplada, pues se omite lo que significa la figura como tal, así como los efectos y alcances jurídicos, pero conforme a lo dispuesto por el artículo 4º constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3º, 7º, 9º, 12º, 18º, 19º, 20º y 27º de la Convención sobre los Derechos del Niño, garantiza que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos fundamentales de los menores como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del menor y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes. (Circuito, 2011)

Ahora bien, el termino de guarda y custodia según Elizabeth González Reguera proviene del latín Custos; significa guarda o guardián y a su vez deriva de Curtus; que viene del verbo cure y significa cuidas. En conclusión, podemos decir que es la acción y efecto de custodias o sea guardar con cuidado alguna cosa. (Gonzalez Reguera, Guarda y Custodia del Menor, 2009)

Para Galindo Garfias el derecho de guarda y custodia es algo muy especial que nos deja muy claros cuales son los alcances de tan importante figura, el cual señala “la guarda del menor, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque al posesiones un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades. (Galindo Garfias, 2007)

Es complicado reunir diversos criterios en relación al concepto de la presente investigación en virtud de que nuestra legislación no lo define, sin embargo en los artículos 411 al 424 del Código Civil Federal se hace mención de la guarda y custodia dentro del juicio de patria potestad con la finalidad de que cuando exista controversia entre los padres sobre quien deba ejercerla el juez de lo Familiar estará facultado para poder determinar quien deberá de allegarse de todos los elementos que le aporten las partes para poder decidir sobre quien es apto para poder tener al menor en un nivel de vida adecuado para su desarrollo.

La guarda y custodia le permite a los progenitores a conocer la esencia de esta figura, así como establecer la importancia de la misma; para ello es necesario explorar el entorno de guarda y custodia para darnos cuenta que es en realidad este derecho jurídicamente hablando, dado que al conocer su naturaleza jurídica se delimitan a todos y cada uno de los derechos que tienen los sujetos de esta obligación, es difícil determinar su naturaleza jurídica, en virtud de que no se cuenta con el material bibliográfico suficiente en el ámbito legal que nos diga concretamente de qué manera se ejercerá el derecho de guarda y custodia, pese a lo anterior trate de adoptar algo que beneficie a la sociedad en general toda vez de que nadie está exento de enfrentar un problema de guarda y custodia de menores, dado que todo individuo en algún momento de su vida opte por formar una familia.

Para algunos estudiosos del derecho la guarda y custodia es un derecho, una facultad, una obligación mientras que para otros la guarda y custodia es una figura jurídica y la Suprema Corte de Justicia de la Nación la complementa como tal y en la Convención de los Derechos de los Niños en el artículo 9° nos hace mención que 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.

En mi punto de vista contemplo a la guarda y custodia como un derecho debido a que el ascendiente tiene la facultad de vigilancia protección, cuidado y posesión de los menores que se encuentran bajo su cuidado, así mismo lo veo como una obligación tal vez que los progenitores están moralmente y legalmente obligados a

proporcionarles a sus descendientes todo lo necesario tanto económico como espiritualmente para poder lograr el adecuado desarrollo del menor; claro sin perder de vista que existen muchos progenitores que no desean ningún tipo de obligación con respecto a su descendientes y los abandonan a su suerte, es por tal motivo que existen tantos niños en la calle, y una vez estando allí los lleva a tomar caminos equivocados tales como la drogadicción, alcoholismo, prostitución y sobre todo a cometer delitos.

Es necesario saber y conocer que todas las instituciones jurídicas, así como las características del derecho, la guarda y custodia tienen las propias que a continuación se desglosan según se derive, ya sea de una facultad natural o de una legal, misma que es impuesta al sujeto activo de la guarda y custodia por una autoridad competente en materia familiar.

## **GENERAL**

Tratándose de la característica general está ante la presencia de una atención limitada , por lo que el guardador siempre deberá actuar con plenitud de sus facultades y obligaciones, las cuales son: posesión, vigencia, protección y cuidado del menor sujeto al derecho de guarda y custodia; mientras dichas facultades y obligaciones no le sean expresamente prohibidos por la persona que le confirió el cargo por la ley, dado que sí, así lo fuera, el activo tendrá que acatar la orden dada, por la autoridad competente en materia familiar y que conozca la situación del caso en particular. Haciendo mención de la patria potestad, que son los deberes y derechos en relación con los menores, sería la capacidad de decidir sobre los menores y representarlos, mientras que la guarda y custodia se entiende a vivir, cuidar y sobre todo asistir a los menores y es independiente de la patria potestad y la guarda y custodia se le puede atribuir a solo uno de los padres; a los dos padres o a hasta a una tercera persona.

## ESPECIAL

Cuando se está ante una característica especial, el control debe restringir a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada, sin que el sujeto activo, o la figura jurídica de guarda y custodia se tome una atribución que no le corresponde desempeñar, dado que si este va ,más allá de lo que le fue encomendado y permitido ya no estaríamos frente a una guarda y custodia especial sino legalmente sería este de carácter general, así mismo cabe mencionar que la guarda y custodia puede ser de índole provisional o de carácter definitivo según el tiempo que dure la encomienda hecha al custodiaste, y que este debe cumplir de acuerdo a lo que establezca la autoridad competente en materia familiar que conozca del caso particular.

La guarda y custodia es el deber fundamental y primordial, que hará posible el cumplimiento de los otros deberes que integran la patria potestad, sería imposible o por lo menos sumamente difícil, cumplir los deberes que corresponden al padre o la madre si no tienen la custodia del menor.

Pero debe quedar claro que quien no tenga la custodia no está liberado del cumplimiento de estos deberes, lo que se hará en forma diversa a través del derecho de patria potestad y deberes parentales. Partiendo de la custodia que debe hacerse con cuidado pues como ya se notó, nuestra legislación emplea ambos términos para significar la solicitud, la atención, el amor y el respeto a la personalidad del menor, como la forma de realizar la custodia, encontramos los otros deberes que se enuncian.

*Convivencia:* el deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad y del deber de cuidado y de custodia, y tiene por objeto lograr la estabilidad personal y emocional del menor, quien no tiene la custodia deberá satisfacer este deber a través del derecho de visita.

Al hijo le corresponde; en la medida en que su edad y madurez lo permitan, procurar que la convivencia familiar velando por el menor en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se logre con los atributos siguientes:

- *Proteger al menor:* es un deber proteger al menor “frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física o moral” (Puig Peña, 1997)
- *Vigilancia de sus actos:* los padres responderán a los actos que hayan ocurrido a los menores en cuanto ellas se deban a la falta de vigilancia. Los que ejerzan la guarda y custodia tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores de los que tengan la guarda y custodia.
- *Educación:* este es uno de los deberes más importantes a cargo de los padres. Con el rompimiento conyugal esta educación no podrá darse en forma normal y deberá corresponder a quien tiene la custodia de educar al hijo.
- *Formación Moral:* comprende la orientación en relación a su conducta, que significa señalar el camino para lograr una conducta moral. Transmitir los valores éticos de la familia y de la comunidad según la cultura de cada país.
- *Orientación religiosa:* la educación comprende la religión que ambos padres deben satisfacer respetando la madurez del menor, pero mientras no alcance la mayoría de edad los padres tienen el deber de transmitir la educación religiosa que es fundamentalmente, a través del testimonio de ellos.
- *Trabajo:* otros aspectos de la educación está relacionada con el trabajo, tanto en la casa, como en un trabajo subordinado, en este caso la Ley Federal del Trabajo prohíbe la utilización del trabajo de menores de catorce años y de mayores de esa edad pero de menos de dieciséis que no hayan terminado su educación obligatoria, salvo los casos de excepción que aprueben las autoridades correspondientes. La ley señala también en qué casos requiere la autorización de los padres o tutores para que menores de dieciséis años puedan presentar sus servicios.

- *Testimonio*: sería difícil que los padres logran una educación y promoción del menor sin dar ellos mismos testimonio. Nuestra legislación establece cómo deberá hacerse cargo de ellos y observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo, como respuesta los hijos deben honrar y respetar a sus padres con responsabilidad.

*Tabla 1: Etapas de la Guarda y Custodia en*

<b>ETAPAS</b>	<b>RESUMEN DE LAS ETAPAS EN MEXICO</b>	<b>EXIGENCIAS QUE SE DESARROLLAN DURANTE LA ETAPA</b>
<p><b>ETAPA DE INSTRUCCION</b></p> <p>Con la formulación de la demanda y concluyéndose con la expresión de los alegatos de las partes.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Los actos procesales pueden ser desarrollados por los interesados, por los terceros (testigos, peritos, tutores, Ministerio Público.)</li> <li>• Formulación de demanda.</li> <li>• Contestación de la demanda.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Admisión.</li> <li>• Desecharla.</li> <li>• Prevenir.</li> <li>• Traslado.</li> <li>• Documentos requeridos.</li> </ul>
<p><b>FASE DE CONCILIACIÓN.</b></p> <p>Acto jurídico de carácter negociar cuya finalidad genérica es la realización de transacción entre partes.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Un tercero experto en imparcial, que proporciona un espacio de diálogo, pueden lograr un acuerdo amistoso y de mutuo beneficio, con pleno efecto jurídicos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Imparcialidad.</li> <li>• Neutralidad.</li> <li>• Confidencialidad.</li> <li>• Legalidad.</li> <li>• Honestidad.</li> <li>• Equidad.</li> </ul>

<p><b>FASE PROBATORIA.</b></p> <p>Responde a la necesidad del juzgador de recibir todos los datos suficientes necesarios por los cuales venga a constatar a corroborar y constar la posición o posiciones de las partes en el proceso.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El juez solamente conoce el punto de vista subjetivo de las partes sobre la controversia. Razón por la cual es indispensable que se aporten al juzgador; elementos de acerca de la existencia de los hechos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se determina si el menor se encuentra en condiciones de rendir testimonio o ser escuchado.</li> <li>• La audiencia se llevará a cabo sin mayor formalidad.</li> <li>• El menor no podrá ser sometido a interrogatorio verbal y directo.</li> </ul>
<p><b>FASE PRECONCLUSIVA.</b></p> <p>son los actos de las partes que se han llamado tradicionalmente alegatos o conclusiones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prevé que una vez concluido el término probatorio, el juzgador oficiosamente o a petición de alguno de los interesados ordenará poner los autos a la vista de las partes para que produzcan sus alegatos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Alegatos.</li> <li>• Sentencia definitiva.</li> </ul>
<p><b>ETAPA DE JUICIO</b></p> <p>Última fase del proceso.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pronunciará la sentencia jurisdiccional definitiva que viene a terminar el proceso y a resolver la contienda. El conflicto del interés.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Claridad.</li> <li>• Precisión.</li> <li>• Fundamentación.</li> <li>• Motivación.</li> <li>• Exhaustividad.</li> </ul>

Fuente: Elaboración personal.



### **2.3. Guarda y custodia en menores de padres nacionalidad peruana.**

En Perú es conocida como Tenencia Compartida y Custodia mencionándolo en los artículos del Código Civil Peruano del 81° al 87°.

La tenencia es una Institución del Derecho de Familia, que tiene por finalidad, el determinar cuál de los padres estará al cuidado de los menores en el caso de que exista una separación. Por lo que de acuerdo a las circunstancias, como particularmente señala "El mejor padre son ambos padres" (Pérez Gándara, 2009) puede ser definida como:

*“Un atributo de la Patria Potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos, por tanto, ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como institución propiamente dicha.”*

Cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones.

Por su parte la, Comisión de Justicia y Derechos Humanos, señala que la tenencia de menor, es definida como el trámite a obtener un reconocimiento Judicial del derecho de Custodia y tenencia de un hijo y procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro un hijo o si estuviera en peligro la identidad física del menor. Es decir que se trata de una institución que tiene por finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres le corresponderá al otro OEA (2000) de la familia, el término tenencia, puede ubicarse mejor en el plano de las cosas, tal como se encuentra en algunos diccionarios, que cuando se menciona a la tenencia, la refieren a la posesión, o tenencia de algunas cosas, pero en el

derecho de los menores, termina aplicándose como atributo de los padres respecto de sus hijos, en la medida que se refiere al hecho de que sus padres tienen a sus hijos consigo.

En el mismo sentido, determina que la tenencia evidencia una relación codificante, impropia del vínculo paterno-filial y su proyección jurídica. Sin embargo, el derecho le asigna el sentido de proximidad necesaria del padre o madre hacia el menor que hace las funciones de los roles atribuidos a los progenitores por ley, expresión que no podemos modificar sin perjuicio de una propuesta en tal sentido. (Álvarez, 1982)

El artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados Partes velarán porque el menor no sea separado de sus padres contra la voluntad de ellos, 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 menor; tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos que el menor sea objeto de maltrato o violencia familiar, por parte de su padre o madre o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del menor.

En cualquier procedimiento entablado con referencia a lo anteriormente señalado, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones; los Estados Partes respetarán el Derecho del niño que esté 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.

Por otro lado, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 81° señala que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del menor. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, y así

disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del menor.

Acertadamente, señala Mosquera, que se llega a concluir que la tenencia es una institución que vincula únicamente a los padres con sus hijos, a ningún otro miembro de la familia (Mosquera S. , 2012) En caso de no existir padres, estaremos ante la figura de la tutela, que tiene por finalidad el cuidado del menor que no esté bajo la patria potestad, lo que incluye el cuidado de su persona y de sus bienes, tal como lo señala el artículo 502° del Código Civil Peruano.

Doctrinariamente, se definen varias clases de tenencia, una de ellas: La tenencia exclusiva, la tenencia partida, la tenencia repartida, conjunta o biparental, entre otras; de las cuales nos ocuparemos específicamente en dos de ellas que resultan ser las más importantes y generales, así mismo porque en nuestro ordenamiento jurídico actual acoge solo dos de estas clases de tenencia: La exclusiva o monoparental y la Compartida o biparental.

Tenencia monoparental. La tenencia monoparental o exclusiva, es aquella ejercida por un solo progenitor, despojando al otro (generalmente al padre) del ejercicio de la patria potestad por razones poco justificadas como el determinar la corta edad del menor, quien deberá ser cuidado exclusivamente por la madre, que por razones de costumbre se infiere que es la persona más adecuada para ejercer los cuidados del menor. Es por ello que dicha tenencia, se sostiene en la teoría de los cuidados previos o preliminares del menor, por lo que sostiene que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que ejerció su crianza más tiempo, o quién está en mejor capacidad económica para mantenerlo, siendo una excepción los casos referidos a los niños menores de tres años, como lo es en Perú, que se le otorga la preferencia a la madre, en tanto, aún existe un nexo de necesidad biológica del menor hacia su madre, lo cual considero erróneo, ya que no se encuentra acierto formal alguno, por lo menos dentro de la rama psicológica. (Bustamante, 2011)

Tenencia compartida. Ante una familia en la que se han disuelto los lazos de pareja y que se ha reconstituido, los hijos experimentan cambios en la dinámica, en el estilo

de las relaciones; pasan de una convivencia donde, de una manera u otra, se compartían los roles maternos y paternos, a una dinámica relacional completamente diferente, donde es el padre o la madre quien va asumir el rol de custodio y probablemente a combinar los roles de padre y madre a la vez. Y ante esta dinámica, resulta pertinente hablar de una tenencia Compartida, en donde ambos padres separados, puedan ejercer conjuntamente la tenencia de su hijo o hijos manteniendo las relaciones familiares y no alterando el desarrollo integral del menor. (Perez, 2006)

De tal modo, que la Tenencia Compartida se conceptualiza como aquella donde el menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores, pero tiene una relación fluida con ambos, sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al menor.

Por su lado recogen la definición de Tenencia o Custodia compartida, como la modalidad de custodia de los menores que tiene como principal objetivo que estos sigan manteniendo un contacto asiduo con ambos progenitores. (Sanchez, Gomez, & Salazar, 2010)

Centrando en un ámbito específico, en las normas norteamericanas se tiene que en algunos estados (California, Montana) la custodia compartida comprende tanto la custodia legal como la custodia física; mientras que la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada a priori como más idónea, las cuales además de ser respaldadas por las legislaciones individuales de los estados se encuentran recogida en la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement (1997) En esta línea algunos estados Norteamericanos que presumen que la custodia física conjunta de los hijos coinciden con el mejor interés superior del menor. Pues bien, el sustento básico de la Tenencia Compartida lo encontramos en el concepto de coparentabilidad (igual implicación de ambos progenitores) indicado en párrafos anteriores, que desde un punto de vista teórico podríamos entender como la opción más próxima al derecho

del niño a disfrutar de ambos progenitores con las implicancias emocionales o educativas que ello con lleva.

La Tenencia Legal Conjunta. En palabras de Beltran la “tenencia legal conjunta, en la cual los padres comparten el derecho de decisión, responsabilidad y la autoridad, respecto a todas las cuestiones de importancia que afronte el menor, por lo que suele acompañarse de un régimen amplio de convivencia que varían según las necesidades del menor”. (Beltrán, 2009)

La Tenencia Física Conjunta. Siguiendo a dicha tenencia, implica que los padres comparten el tiempo de residencia del menor, aunque los períodos de tiempo no tengan forzosamente la misma duración; por ejemplo la madre puede vivir con el menor el 75% el padre el 25%, lo cual equivale a que todos los fines de semana pasaría a vivir con él. (Beltrán, 2009)

Cabe señalar, que, en el Perú, la mayoría de estudiosos del derecho de Familia, magistrados, fiscales y legisladores solo se han enfocado en desarrollar la clase de tenencia legal conjunta, en tanto, para una sociedad como la nuestra, aun las personas tienen tabús y desconfianza en la viabilidad de la tenencia física conjunta.

La Tenencia Compartida ha significado desde sus orígenes un problema en cuanto así garantiza el desarrollo integral porque en principio, los progenitores tienen derechos equivalentes respecto de sus hijos, salvo si existen consideraciones personales respecto de la disolución del matrimonio o conveniencia o el vínculo con el hijo resultase perjudicial para los menores.

Quien provoca una situación perjudicial para el menor, para el otro progenitor no puede pretender una equivalencia de derechos, dado que la ley no ampara el abuso de derecho ni mucho menos puede admitir el no tener defensa para que resulte perjudicado en sus

El Código de los Niños y Adolescentes, equipara la tenencia a la custodia; ante ello Aguilar cree que es un error, pues “la tenencia es un atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos, derecho que le es reconocido por ley a ambos

padres y como resulta de una opinión unánime, ello implica el derecho a convivir con los hijos; ahora bien, ya en el ejercicio del derecho de tenencia surge el deber de los padres a custodiar a sus hijos y que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos, por lo tanto la custodia vendría a ser un deber (acción de custodiar, persona que cuida a otra), en consecuencia no puede haber identificación entre ambos términos como si fueran sinónimos”. (Aguilar G. , 2012)

Descripción con la que no concuerdo, ya que resulta implícito custodiar a un menor de edad al obtenerse la tenencia del mismo, sin entrar en una correlación o superposición de términos.

Las Funciones que debe cumplir el Estado como establece el artículo. 2° del Texto Único Ordenado del Código Civil Peruano de 1984, cuando los soliciten ambos cónyuges de mutuo acuerdo, procurando no separar a los hermanos. Sin embargo, en los divorcios donde sólo uno de los cónyuges solicita la custodia compartida, se establece que se trata de una medida excepcional (Aunque el Tribunal supremo establece que no debe tratarse de algo excepcional) que sólo podrá acordarse si de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. El Juez, antes de acordar la concesión de la custodia compartida, deberá recabar informe del ministerio fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio en todo Caso a los que tuvieren más de 12 años y valorar la relación que los padres mantengan entre sí.

#### **2.4. Trámites y procedimientos en la guarda y custodia (México y Perú)**

En el ámbito México y Perú encontramos la denominación de guarda y custodia similar a la tenencia y custodia son las figuras jurídicas similares, en resumen ambos conceptos sirven para proteger, asegurar y hacer valer los derechos del menor y hacerlos ejercer con las condiciones que se deben de cumplir para asegurar la adecuada convivencia de aquellos menores cuyo están en su derecho de ejercerlo. (Bárcena, 1992)

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2005 se ha regulado de forma novedosa la guarda y custodia compartida. Para decidir sobre qué progenitor debe ostentarla rige el principio del beneficio del menor, en el caso en que no exista acuerdo entre los padres, además de oír al propio menor, se pondrán las aptitudes de los cónyuges, relaciones con los hijos, las condiciones y entorno de cada uno de los progenitores y todas aquellas circunstancias que ofrezcan la estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral del menor

Para garantizar la resolución judicial, el Juez puede acordar de oficio que se practiquen las pruebas necesarias para dictaminar la capacidad sobre quién debe ostentar la guarda y custodia. Antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará el informe del Ministerio Público y oirá a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario.

De forma excepcional, la custodia puede encomendarse a un tercero, que se regula en los Artículos 417° del Código Civil Federal Mexicana y 420° del Código Civil Peruano se da cuando concurren causas graves que determinen el interés del menor, para que la custodia sea encomendada a un tercero. En estos casos se suele encomendar la guarda a los abuelos, parientes u otras personas que lo consintieran, y de no haberlos, a una institución idónea, confiriendo el Juez las funciones tutelares.

La guarda y custodia compartida se dará cuando los padres lo soliciten en la propuesta del convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Prevalece el criterio de no separar a los hermanos y el mismo no procede en los casos de proceso penal por violencia doméstica o cuando el Juez advierta indicios fundados de tales actos.

Si no existe acuerdo entre las partes sobre la guarda y custodia compartida, se aplicarán excepcionalmente los requisitos exigidos en los artículos 417° al 42° del Código Civil Federal de México y en el Código Civil Peruano en los artículos del 418° al 471° son los que mencionan que el Ministerio Público emita un informe

favorable y la guarda y custodia sea el único medio de proteger adecuadamente el interés del menor.

En el Código Civil de Perú también se establece que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieran de forma grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Se trata de un derecho y deber cuya finalidad es la de proteger los intereses del hijo, de tener unos contactos lo más amplios e intensos con el progenitor con el que no convive a fin de favorecer su propio y necesario desarrollo emocional.

Los padres pueden pactar el régimen de vistas que consideren, pero a falta de acuerdo, se establece un régimen de visitas mínimo a favor del cónyuge no custodio, el cual viene a ser:

- Fines de semana: alternos desde el viernes a las 20 horas hasta el domingo a las 20 horas, recogiendo y reintegrando al menor en el domicilio familiar. Si fuera festivo el día inmediatamente anterior o posterior, o existiera un puente, se extenderá prorrogando dicho fin de semana hasta el laboral correspondiente. Para el cómputo de los fines de semana alternos, la madre pasará con el hijo el primero que corresponda según la fecha en que se firme el convenio regulador, el padre el siguiente, y así sucesivamente.
- Vacaciones escolares de Navidad y Reyes: se dividirán en dos períodos iguales, el primero desde la salida de la guardería o colegio del último día lectivo antes de las vacaciones hasta el 31 de diciembre a las 16 horas, y el segundo desde el 31 de diciembre a las 16 horas hasta el primer día en que el menor será reintegrado en el centro docente correspondiente.



Corresponde la elección de los mismos, alternativamente, los años pares al padre y los impares a la madre.

- Vacaciones escolares de Semana Santa: se dividirán en dos períodos consistentes en mitades alternativas, el primero desde la salida de la guardería o colegio del último día lectivo antes de las vacaciones hasta el “miércoles santo” a las 20 horas, y el segundo desde el “miércoles santo” hasta el último día no lectivo a las 20 horas, en que será reintegrado en el domicilio materno, correspondiendo la primera mitad en los años pares a la madre y la segunda mitad en los impares, y a la madre la primera mitad en los años pares y la segunda mitad en los años impares.
- Vacaciones Festividades: se repartirán por mitad entre los cónyuges, por periodos quincenales los meses de julio y agosto, correspondiendo al padre, en los años pares, la primera quincena de los meses de julio y agosto, y la segunda quincena en los años impares, y con la madre la primera quincena los años impares y la segunda los pares.

Por lo que al mes de junio se refiere, en que el menor tendrá vacaciones escolares, esto es, del primer día no lectivo hasta el 30 de junio a las 20 horas, estarán en compañía de aquel progenitor que le corresponda la segunda quincena de los meses de julio y agosto, y del 1 de septiembre hasta el último día no lectivo a las 20 horas, le corresponderá a aquel cónyuge que haya tenido la primera quincena de los meses de julio y agosto. (Ivars, 2007)

En el caso de que el menor asistiera a la guardería durante los días intermedios a cualquier periodo vacacional, el progenitor que lo tenga consigo en aquel momento podrá llevarlo y recogerlo o bien tenerlo consigo, informando al otro progenitor y a la guardería en el caso de que no asista.

Igualmente se comprometen, en el supuesto de salidas al extranjero con el menor, a comunicar al otro el lugar y el país en el que el hijo esté y la forma de poder localizarlo.

El juez de lo familiar estará facultado para poder determinar, quien deberá de allegarse de todos los elementos que le aporten las partes para poder decidir sobre quien es apto para poder tener al menor con un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, atendiendo siempre los intereses de los menores los cuales a su vez cuentan con diversos requisitos que son:

- Valorar la edad de los menores.
- Que no haya separación de hermanos.
- Que no haya violencia en el ámbito familiar.
- Vivienda fija para el menor.
- Pensión alimenticia a favor de los menores.

Esto es una figura que se ubica de una manera muy específica en un solo capítulo que tiene que ver con la patria potestad dentro de nuestro Código Civil vigente.

En la vía ordinaria resulta ser un procedimiento largo tal como se desprende de nuestro propio ordenamiento, pues esta cuenta con diversas etapas procesales y de cada una de ellas tiene un término para poder practicarse, mismo que varía desde cinco días a quince días, es un procedimiento verdaderamente sistemático, debido a que las actuaciones se realizan con un orden, no pueden llevarse por ejemplo, primero llevarse la audiencia de conciliación sin haber transcurrido el término para poder contestarla.

Resulta ser un procedimiento más corto. Lo que anteriormente era juicio sumario, pues se sustancia a más tardar en dos o tres meses, puesto que en esta, desde un inicio se ofrecen las correspondientes pruebas, sin que se tenga la necesidad de esperar a los términos señalados por la vía ordinaria civil, pues para la presente vía se van a mandar a preparar las pruebas desde un inicio, se podrá señalar a los testigos, y en el auto admisorio se señala la primera audiencia de ellas para poder llegar a una conciliación y la segunda únicamente es para el desahogo de las

pruebas y en su caso rinden sus alegatos, una vez esto deberá de turnarse a los autos a la vista del juez para que determine qué persona resulta ser más apta para poder tener y cuidar de los menores. Por lo que el juez se va basar en los elementos que considere eficaces.

Es importante el poder determinar en virtud de que la guarda y custodia como ya he mencionado va encaminada a la vigilancia, protección y cuidado de los menores, y para lograrlo es necesario que de igual forma tenga la posesión del mismo, tal y como lo establece la Convención de los Derechos del Niño y por ende es necesario que se adicione una serie de artículos para que el procedimiento sea rápido y salvaguarden los intereses de los menores en todo momento.

Dentro de nuestra legislación tal y como ya lo mencione no determina de forma se va a llevar a cabo un juicio, si bien es cierto en la práctica se dice que la guarda y custodia, régimen de visitas, así como los alimentos se rigen por las controversias del orden familiar, en la práctica esto resulta totalmente improcedente pues si bien es cierto en el capítulo de controversias del orden familiar, únicamente se hace mención a los alimentos, pero esto abarca la guarda y custodia y régimen de visitas y cuando la persona la solicita como prestación principal los alimentos y en segundo lugar como una prestación accesorio de determina en el auto admisorio que el procedimiento se lleva a cabo por vía ordinaria civil, pues a guarda no se tramita por controversia del orden familiar, el juez debe resolver lo más pronto posible y como sucede con los alimentos, pues si bien es cierto estos también deben ser considerados como interés público, ya que se trata de la situación jurídica de los menores. (Rodríguez, 2006)

La guarda y custodia debe tramitarse desde mi punto de vista por la controversia de orden familiar, para el efecto de que el procedimiento sea más rápido y sea siempre tomando en cuenta el interés del menor, de una manera rápida, con los beneficios directos de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior del menor como interés principal para que se determine el derecho de guarda y custodia.

El juez debe tomar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de cualquier alteración que pudiera tener ya sea física o mental, que sea provocado por alguno de los padres, es por tal motivo que el juez en el auto admisorio deberá fijar la guarda y custodia provisional, esto es que quien estará a cargo del menor en lo que se desarrolla el procedimiento y la sentencia que ponga fin al juicio se determina guarda y custodia provisional.

*Tabla II: Similitudes en las legislaciones entre México y Perú.*

	<b>ÁMBITO PERUANO</b>	<b>ÁMBITO MEXICANO</b>
<b>CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA</b>	Forma de protección de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo.	Con quien va a convivir el hijo cuando se produce un divorcio o una separación
<b>FUNDAMENTO DE GUARDA Y CUSTODIA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 418 Código Perú.</li> <li>• Artículo 76 Código de los Niños y Adolescentes Perú.</li> <li>• Artículo 418 al 490 Código Civil Perú.</li> <li>• Artículo 561 y 576 Código Procesal Civil.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 4 Constitución Mexicana.</li> <li>• Artículo 411 al 448 Código Civil Federal.</li> <li>• Artículo 11 Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.</li> </ul>
<b>LEY REGULADORA DE GUARDA Y CUSTODIA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Civil Perú.</li> <li>• Constitución Política de Perú.</li> <li>• Código de los Niños y Adolescentes Perú.</li> <li>• Código Procesal Civil Perú.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</li> <li>• Código Civil Federal.</li> <li>• Convención sobre los Derechos de los Niños.</li> <li>• Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.</li> <li>• Código de Procedimientos Civiles.</li> </ul>
<b>PARTES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE GUARDA Y CUSTODIA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Padre.</li> <li>• Madre.</li> <li>• Menor.</li> <li>• Juez.</li> <li>• Ley.</li> <li>• Ministerio Público.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Padre.</li> <li>• Madre.</li> <li>• Menor.</li> <li>• Juez.</li> <li>• Ley.</li> <li>• Ministerio Público.</li> <li>• Peritos en diferentes materias.</li> </ul>

Fuente: Elaboración personal.

### **CAPÍTULO III. CONVENCION DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE NIÑOS 1980.**

Este convenio tiene como objeto lograr que el interés superior del menor sea el parámetro primordial en lo que se refiere a las cuestiones relativas a su guarda y custodia. El menor debe ser protegido de los efectos perjudiciales que pueden ocasionarle un traslado o retención ilícita. En este sentido, establece que por medio de la cooperación internacional se promueve procedimientos que garanticen la restitución inmediata del menor al Estado de su residencia habitual.

Es así que el análisis de este convenio se debe realizar tomando en cuenta como afirma Elisa Pérez Vera dos objetivos: mostrar los principios en que se basa el convenio y proporcionar a sus operadores una guía detallada que aclare el contenido literal de las disposiciones convencionales. (Pérez E. , 1981)

El Convenio de la Haya es el encargado de la protección sobre la Ley Civil de los Menores. Existen menores atravesando dolorosas rupturas de relaciones destrozadas en familias transnacionales, controversias en relación con la guarda y custodia, con los riesgos de la sustracción internacional de parte de uno de los padres, los problemas para mantener contacto entre el menor y ambos padres y la lucha ascendente para obtener asistencia transfronteriza para el menor. (Documento Guías Prácticas, 2004)

El Convenio pretende evitar los traslados internacionales de menores, instaurando una cooperación estrecha entre las autoridades judiciales y administrativas de los estados que forman parte. Dicha colaboración, afectando dos aspectos importantes: la obtención del retorno inmediato del menor al entorno del que ha sido alejado y, el otro, el respeto efectivo de los derechos de custodia y de visita existentes en uno de los estados contratantes.

México no ha sido ajena a esta problemática. Son muchos los casos en los cuales familias con conflicto interno de sus parejas utilizan como medio o instrumento de represalia a los niños. Así, los sacan de sus hogares o lugares de residencia habitual

y los trasladan a países cuyo entorno social es desconocido para ellos, valiéndose de medios ilícitos y obteniendo permisos de salida del país, para luego retenerlos sin el consentimiento de uno u otro padre. Sumado a esto, los fenómenos sociales de desplazamiento por diversas causas, la búsqueda de mayores oportunidades de vida en el exterior y los matrimonios o uniones entre nacionales mexicanos con personas de otras nacionalidades, también constituyen móviles para la ejecución de conductas contrarias a la ley, sin importar el daño que pueda causárseles a los niños.

En los últimos años se ha vuelto costumbre la sustracción internacional de niños por parte de uno de sus padres, bien sea porque obtiene un permiso de salida del país para ir de vacaciones a otro Estado, o bien porque fraudulentamente adquiere un permiso. Después de vencido el término del permiso, el progenitor decide establecer su residencia en el otro país, vulnerando en primera medida el derecho del niño, rompiendo su estabilidad emocional debido a la traumática pérdida de contacto con el otro padre o su familia, causándole el inconveniente de adaptarse a un nuevo lenguaje y a condiciones culturales completamente diferentes a las que hasta ahora había vivido, y alejándolo de su vida anterior.

Uno de los mayores problemas que se presenta ante la retención ilícita es el tiempo, que va desde el traslado y retención del niño hasta que se falla en el tema de la restitución. Esto produce los efectos dañinos que acabamos de relacionar y, adicionalmente, la interferencia del progenitor secuestrador al no permitir el contacto con el otro progenitor y su familia, ni siquiera por medio telefónico.

El convenio consagra, en primer lugar, entre sus objetivos el restablecimiento del statu quo mediante la “restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier estado contratante”.

### **3.1. Ámbito de la aplicación de la Convención.**

Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, Deseosos de proteger

al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita.

#### **a) Material**

La primera parte del Convenio de la Haya 1980 define el ámbito de aplicación material y personal, es decir, el ¿para qué? Y el ¿a quién? En este sentido, el artículo 1º establece los objetos del convenio, estos son:

- garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante;
- velar por que los derechos de guarda y custodia.

Si tomamos como referencia que las situaciones consideradas son heterogéneas, y que además al vincularse con otros asuntos los objetivos perseguidos se matizan, entonces eso hace evidente que no se puedan establecer una definición jurídica precisa sobre cómo se debe interpretar en todos los casos los objetivos del Convenio. Sin embargo, lo que se repite en todas las hipótesis es que:

- nos encontramos ante el traslado o retención ilícita de un menor fuera de su residencia habitual;
- en esta residencia habitual una persona física o jurídica tenía el derecho de guarda y custodia o visitas sobre el menor;
- existe una solicitud de restitución del menor al último lugar de residencia habitual, y
- frente a ésta situación se puede negar u otorgar el retorno del menor. Estos serían los 4 puntos que aparecen en supuesto que nos ocupa.

Ahora bien, aun cuando el Convenio no se refiere al fondo del derecho de custodia el artículo 19º es importante resaltar que es a partir de la existencia de un derecho de custodia que se puede calificar de ilícito el traslado de un menor o su restitución



ilícita. De esta manera, la decisión de restitución va a verse inevitablemente condicionada por la necesidad de un proceso de fondo.

En este contexto podemos afirmar que entre los objetivos del Convenio no se encuentra el ofrecer una respuesta sobre el fondo de derechos de custodia, es a partir de la existencia de este que se le da contenido jurídico a las situaciones que cambia por el traslado del menor fuera de su residencia habitual o porque se retiene ilícitamente. De ahí que, aunque en la mayoría de los casos la restitución internacional de menores, y los problemas que se derivan de ella y se ha analizados desde la perspectiva de la cooperación internacional con la finalidad de trazar una frontera entre el procedimiento de restitución y el fondo de la custodia, en muchas ocasiones es inevitable que exista una vinculación entre dos procedimientos.

En cuanto al ámbito personal tenemos que el límite para la aplicación de este Convenio son los 16 años de edad mencionado en el artículo 4 de la convención. Sin embargo, el hecho de que el menor no haya cumplido los 16 años de edad no implica que cuando este tenga la madurez suficiente, no sea tomada en cuenta su opinión para decidir u oponerse a la restitución

## **b) Espacial**

Este instrumento según lo establecido en los artículos 1° y 4° será aplicado entre los Estados contratantes, es decir que tanto el Estado de origen como el de sustracción o retención deben ser estado parte. Como hemos mencionado en el artículo 1° se refiere al hecho de que la finalidad del Convenio es garantizar la restitución inmediata de los menores cuando estos hayan sido trasladados o retenidos ilícitamente en el Estado parte, así como que los derechos de guarda y custodia en los estados contratantes sean respetados en los otros estados. En esta línea, el artículo 4° señala que este será aplicado a los menores de 16 años que tuvieran su residencia habitual en un Estado contratante.

Al ser un convenio de cooperación este tiene un carácter de semi-abierto en el sentido de que cualquier estado podrá suscribirlo, pero su adhesión solo surtirá efecto respecto a los estados que hayan declarado su adhesión.

Cuando un Estado no cuenta con un derecho uniforme en materia de guarda y custodia de menores se aplicará las siguientes reglas:

- toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial del Estado,
- toda referencia a la Ley del Estado de residencia habitual, se interpretará a que se refiere la ley de la unidad territorial del estado donde resida habitualmente el menor” (artículo 31).

Por su parte el artículo 33°, declara que el Convenio solo es aplicable en las relaciones internacionales, al tiempo que califica como relaciones internas todas aquellas que tengan lugar dentro de un Estado. México tiene firmado y ratificado el Convenio dando cumplimiento con los requisitos convencionales para ser considerados por el Estado y parte al mismo tiempo que internamente este instrumento cumple con los requisitos de validez constitucional y Convención de la Haya sobre aspectos Civiles de la sustracción ilegal de menores (2004).

### **c) Temporal**

De conformidad con lo establecido en el artículo 35° de la Convención “solo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslado o retención ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados”. Así mismo el artículo 43° señala que la Convención entrara en vigor el día primero del tercer mes siguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los artículos 37° y 38°. En el artículo 44° menciona que la Convención permanecerá vigente 5 años. Aplicando este Convenio tanto México como Perú.

### **3.2 Convenio relativo a los aspectos civiles.**

El Convenio de la Haya es un tratado sui generis, de aplicación inmediata o self executing, que no necesita del desarrollo de normas internas para su aplicación. Según el Tribunal Supremo Español, es una alianza de cooperación de autoridades internaciones. Algunas autoridades han llegado incluso a hablar de su naturaleza interdictal. Es un convenio con una marcada ausencia de formalismo, sin necesidad prácticamente de prueba por parte del requirente. La resolución que une a las partes contratantes en el ámbito de su aplicación, en el que el criterio de reciprocidad juega un papel importante.

Es un convenio semi-abierto en el que se prevé la posibilidad de exclusión de un Estado parte de otro Estado. Es un tratado autónomo, que coexiste con otros convenios sobre protección de menores, que no pretende ser exclusivo pero sí tiene carácter prioritario frente a los demás cuando es invocado, dado su carácter de urgente y provisional. (Faura L. , 2017)

El pacto relativo a los aspectos civiles de la restitución internacional de menores es, ante todo, un convenio que pretende evitar los traslados internacionales de menores, instaurando una cooperación estrecha entre las autoridades judiciales y administrativas de los estados contratantes.

Así, se puede comprobar ante todo que no se trata de un convenio relativo a la ley aplicable a la guarda y custodia de menores. En efecto, las referencias relativas al derecho del Estado de la residencia habitual del menor tienen un alcance limitado, dado que el derecho en cuestión sólo se tiene en cuenta para establecer el carácter ilícito del traslado (por ejemplo, en el artículo 3º). En segundo lugar, la resolución tampoco es un tratado sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en la materia de custodia...es preciso señalar que sólo trata de resolver las situaciones que caigan dentro de su ámbito de aplicación y que afecten a dos o varios Estados parte.

En efecto, la idea de un convenio universalista (es decir, cuyo ámbito se extienda a cualquier caso internacional) es difícil sostener fuera de los convenios en materia de ley aplicable.

*el Convenio es autónomo respecto a los convenios existentes en materia de protección de menores o relativos al derecho de custodia, el Convenio no pretende ser aplicado de forma exclusiva: desea, ante todo, el cumplimiento de los objetivos convencionales, por lo que reconoce de forma explícita la posibilidad de invocar, a la vez que el convenio cualquier otra norma jurídica que permita lograr el retorno de un menor trasladado o retenido de forma ilícita, o la organización de un derecho de visita. Convenio de la Haya (1980).*

Se presenta como un instrumento destinado a aportar una solución urgente, con vistas a evitar la consolidación jurídica de las situaciones, inicialmente ilícitas, causadas por el traslado o el no retorno de un menor. En la medida en que no se trata de resolver el fondo de los derechos de las partes, su compatibilidad con otros convenios se impone. No obstante, dicha compatibilidad sólo se podía conseguir garantizando la aplicación prioritaria de las disposiciones susceptibles de proporcionar una solución de urgencia y, en cierta medida, provisional. En efecto, las cuestiones sobre el derecho de custodia deberán plantearse ante los tribunales competentes, una vez que el menor haya vuelto a su residencia habitual. (Pérez E. , 1981)

El Convenio de la Haya se aplica cuando se ha violado el derecho de custodia y cuidado personal del menor, o guarda y derecho de visita (artículos 3º y 4º) que es titular del menor y el progenitor abandonado, sin dejar de lado que ambos padres gozan del derecho de la Patria Potestad o Potestad Parental, es decir, del conjunto de derechos y deberes que tiene los padres con respecto a sus hijos.

El tratado consagra, en primer lugar, entre sus objetivos el restablecimiento del statu quo mediante la “restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante”.

... mientras que el retorno inmediato del menor responde al deseo de restablecer una situación que el secuestrador modificó de forma unilateral mediante una vía de hecho, el respeto efectivo de los derechos de custodia y visita se sitúa en un plano preventivo en la medida que dicho respeto debe hacer desaparecer una las causas más frecuentes de las sustracciones de menores...

Ahora bien, dado que el convenio no precisa los medios que cada Estado debe emplear para hacer respetar el derecho de custodia existente en otro Estado contratante, acaba de llegar a la conclusión de que, con excepción de la protección indirecta que conlleva la obligación de devolver el menor a la persona que tenía su custodia, el respeto del derecho de custodia escapa casi por completo del ámbito convencional. En cambio, el derecho de visita es objeto de una regulación, ciertamente incompleta, pero indicativa del interés atribuido a los contactos regulares entre padre e hijos, incluso cuando su custodia ha sido confiada sólo a uno de ellos o a una tercera persona.

Tras la retención ilícita de un menor, es cuando se producen las situaciones más dolorosas, aquellas que, a la vez que exigen soluciones especialmente urgentes, no pueden ser resueltas de forma unilateral por cada sistema jurídico afectado.

Así pues, aun cuando en teoría los dos objetivos antes mencionados deben ser puestos en el mismo plano, en la práctica el deseo de garantizar el restablecimiento de la situación alterada por la acción del secuestrador es el que prevalece.

El Convenio no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia, es decir, el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado. La regulación del derecho de visita obedece, asimismo, a la preocupación por proporcionar a los menores unas relaciones familiares lo más completas posible, con el fin de favorecer un desarrollo equilibrado de su personalidad.

La idea de que el derecho de visita es la contrapartida natural del derecho de custodia, es una contrapartida que, por consiguiente, debe en principio ser reconocida al progenitor que no tiene la custodia del menor.

### **3.3. Excepciones a la obligación dentro del Convenio.**

La autoridad judicial o administrativa no estará obligada a ordenar el regreso del menor cuando la persona, institución u organismo que se opusiere a su regreso probare:

- Que la persona, institución u organismo que cuidaba de la persona del menor no ejercía efectivamente el derecho de guarda en el momento del traslado o no regresó, o había consentido o asentido posteriormente a ese traslado o no regresó.
- Que existe un grave riesgo de que el regreso del menor lo someta a un peligro físico o psíquico, o de cualquier otra manera lo coloque en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa también podrá negarse a ordenar el regreso del niño si constatare que éste se opone a su regreso y que hubiere alcanzado una edad y madurez en donde mostrare que es conveniente tener en cuenta esta opinión.

En la apreciación de las circunstancias señaladas en el presente artículo, las autoridades judiciales o administrativas deberán tener en cuenta las informaciones suministradas por la autoridad central o cualquier otra autoridad competente del Estado donde el niño residiere habitualmente, acerca de su situación social.

Dado que el retorno del menor es, de cierta manera, la idea básica del convenio, las excepciones a la obligación general de garantizarlo constituyen un aspecto importante para comprender con exactitud su alcance. Por una parte, el artículo 13° reconoce que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido no están obligadas a ordenar el retorno del menor cuando el demandante, con anterioridad al traslado supuestamente ilícito, no ejercía de forma efectiva la

custodia que ahora invoca o cuando dio su conformidad posteriormente a que se produjera la acción que ahora denuncia.

Por consiguiente, se trata de situaciones en las que, o las condiciones previas al traslado no comportaban alguno de los elementos esenciales de las relaciones que el

Convenio pretende proteger (el ejercicio efectivo de la custodia), o el comportamiento posterior del progenitor desposeído muestra una aceptación de la nueva situación creada, lo que la hace más difícilmente impugnabile.

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

Además, el Convenio admite, asimismo, que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno puede ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficiente... Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés.

En tercer lugar, también puede denegarse la restitución del menor cuando, de conformidad con el artículo 20°, “no le permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Estamos ante una disposición poco habitual en los convenios en materias de derecho internacional privado, y cuyo alcance exacto es difícil determinar.

La comisión admitió la posibilidad de desestimar la demanda de retorno del menor, mediante la formulación de una reserva que recogía la excepción de carácter público, bajo una formulación restringida con relación al derecho de familia y la infancia del Estado requerido.

Para finalizar con las consideraciones sobre los problemas abordados en este apartado, parece necesario subrayar que las excepciones de los tres tipos examinados al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica, ante todo, que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el convenio se convierta en el papel mojado. En efecto, el Convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas.

La puesta en práctica de este método exige que los estados firmantes del Convenio estén convencidos de que pertenecen, a pesar de sus diferencias, a una única comunidad jurídica en el seno de la cual las autoridades de cada Estado reconocen que las autoridades de uno de ellos (las de la residencia habitual del niño) son, en principio, las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y de visitas. Por tanto, una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado.

#### **3.4. El traslado o no regreso de un menor será considerado como ilícito.**

- Cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado, ya sea a una persona, una institución o cualquier otro organismo, ya sea solo o conjuntamente por la legislación del Estado en el cual el menor residía habitualmente antes de su traslado o no regreso.
- Este derecho era ejercido de manera efectiva, solo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso, o lo habría sido si tales hechos no se hubieran producido.
- El derecho de guarda resulta, especialmente por el ministerio de la ley, de pleno derecho o de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo en vigor en virtud de la legislación de dicho Estado.



Esto nos lleva a insistir en uno de los rasgos característicos del Convenio en concreto, su aplicabilidad a la protección de los derechos de custodia ejercidos antes de cualquier resolución en la materia.

El punto es importante dado que no se puede ignorar que, desde el punto de vista estadístico, los casos en los que el menor es trasladado antes de que se haya dictado una resolución respecto a su custodia son bastantes frecuentes. Por lo demás, en tales situaciones, las posibilidades existentes al margen del Convenio de que el padre desposeído pueda recuperar al menor son casi nulas, salvo que recurra a su vez a vías de hecho siempre perjudiciales para el menor.

Al respecto, al incluir estos casos en su ámbito de aplicación, el Convenio ha progresado de forma significativa en la solución de problemas reales que anteriormente escapaban en gran medida a los mecanismos tradicionales del derecho internacional privado. Así pues, la custodia ex lege podrá basarse en la ley interna del Estado de la residencia habitual del menor o en la ley designada por las normas de conflicto de dicho Estado.

La segunda fuente de derecho de custodia, prevista en el artículo 3, es la existencia de una resolución judicial o administrativa. Dado que el Convenio no añade ninguna precisión, hay que entender, por una parte, que el término “resolución” se utiliza en su sentido más amplio, de forma que cubre cualquier resolución o elemento de resolución (judicial o administrativa) con relación a la custodia de un menor y, por otra parte, que las relaciones en cuestión pueden haber sido dictadas tanto por los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor como por los de un tercer Estado.

Es más, en esta última hipótesis, es decir, cuando el derecho de custodia se ejercía en el Estado de la residencia habitual del menor sobre la base de una resolución extranjera, el convenio no exige que haya sido formalmente reconocida. En consecuencia, a los efectos considerados, debe bastar con que la resolución sea considerada como tal por el derecho del Estado de la residencia habitual, es decir, que presente, en principio, las características mínimas para poner en marcha un

procedimiento con vistas a su homologación o reconocimiento. Esta interpretación amplia se ve confirmada, por otra parte, por la redacción del artículo 14 del convenio.

Por último, de acuerdo con el artículo 3, el derecho de custodia puede resultar “de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”. En principio, los acuerdos previstos pueden ser simples transacciones privadas entre las partes respecto a la custodia de los menores.

El requisito de que esté “vigente” según el derecho del Estado de la residencia habitual fue introducido en el transcurso del período de sesiones en sustitución de la exigencia de tener “fuerza de ley” Ahora bien, volviendo al sentido amplio que se le da a la noción de “derecho del Estado de la residencia habitual del menor” en el artículo 3, el derecho en cuestión puede ser tanto la ley interna de dicho Estado como la ley designada por sus normas de conflicto. La elección entre ambas alternativas corresponde a las autoridades del Estado de que se trate, si bien el espíritu del Convenio parece inclinarse por la que, en cada caso, legitime la custodia efectivamente ejercida.

En efecto, de conformidad con el artículo 3º, el derecho de custodia puede haber sido atribuido, solo o de forma conjunta, a la persona que solicita que se respete su ejercicio.

En la óptica adoptada por el Convenio, el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta sin el consentimiento del otro titular es, asimismo, ilícito: en este caso concreto la ilicitud no procedería de una acción contraria a la ley sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos del otro progenitor, también protegido por la ley, e interrumpido su ejercicio normal.

La verdadera naturaleza del Convenio aparece más claramente en estas situaciones: el convenio no pretende determinar a quién le corresponderá en el futuro la custodia del menor, ni si será necesario modificar una resolución de custodia conjunta dictada sobre la base de datos que han sido alterados

posteriormente; simplemente, trata de evitar que la resolución posterior se vea influenciada por un cambio de las circunstancias introducido unilateralmente por una de las partes.

El segundo elemento que caracteriza las relaciones protegidas por el convenio es que el derecho de custodia, presuntamente violado por el traslado, sea ejercido de forma efectiva por su titular...

El Convenio ha hecho hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir, del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc., que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva situación.

En efecto, este requisito, al delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, sólo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor; en general esta circunstancia debe resultar bastante fácil de probar... a cargo del "secuestrador", en efecto es él quien debe probar, para evitar el retorno del menor, que el titular del derecho no lo ejercía efectivamente. Así pues, cabe llegar a la conclusión de que el conjunto del Convenio está basado en la presunción no explícita de que la persona que está al cuidado del menor ejerce efectivamente su custodia; dicha idea deberá ser destruida, en virtud de la inversión de la carga de la prueba que es propia de toda presunción, por el "secuestrador", si quiere evitar que el menor sea devuelto.

### **3.5. Derecho de guarda y custodia en el presente Convenio.**

El "Derecho de guarda y custodia" comprende del derecho relativo del menor y, en particular, el de decidir su lugar de residencia.

Los problemas que al respecto plantea uno y otro derecho son sensiblemente distintos. En primer lugar, con relación al Derecho de visita, es evidente que, por la propia naturaleza de las cosas, sus titulares siempre serán personas físicas cuya determinación dependerá de la ley aplicable a la organización de este derecho. En

principio, estas personas formarán parte del círculo familiar del menor y se trata normalmente del padre o de la madre.

También las personas jurídicas pueden ser titulares de un derecho de custodia, de acuerdo con el Convenio. A tal respecto, el artículo 3° prevé la posibilidad de la atribución del Derecho de custodia “a una institución o cualquier otro organismo”, utilizando conscientemente una expresión imprecisa y amplia.

Ahora bien, dado que hay organismos distintos de las instituciones que tienen menores a su cargo, se ha ampliado la expresión utilizada para dar oportunidad tanto a los organismos que tienen personalidad jurídica como a aquellos que están vinculados a la organización estatal y que carecen de personalidad jurídica independiente.

En cuanto al Derecho de custodia, el convenio se limita a señalar que incluye “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor” al margen de los posibles mecanismos de protección de sus bienes. Se trata, pues, de un concepto más restrictivo que el de “protección de los menores”. (Albaca , 1992)

El convenio trata de precisarlo haciendo hincapié, como indicio del “cuidado” a que se refiere, en el derecho a decidir el lugar de residencia del menor. No obstante, cuando el menor, pese a serlo desde el punto de vista jurídico, tiene la facultad de fijar él mismo su lugar de residencia, el contenido del derecho de custodia se terminará en función de los demás derechos relativos a su persona.

Una norma clásica del derecho de los tratados exige que la interpretación de sus términos se realice en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y la finalidad el tratado.

Con relación al Derecho de visita, se limita a señalar que incluye “el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.

La intención del Convenio no es, por supuesto, excluir todas las demás modalidades del Derecho de visita; simplemente, se ha querido subrayar que este concepto se extiende también al derecho denominado de alojamiento, una modalidad del Derecho de visita que la persona que tiene la custodia del menor tiene de manera especial. Además, dado que esta norma explicativa no califica en absoluto ese “otro lugar diferente” al que se puede llevar al niño, hay que concluir que el Derecho de visita, de acuerdo con el convenio, incluye también el Derecho de visita transfronterizo.

### **3.6. Principios rectores en el convenio.**

Convenio se erige como un instrumento para garantizar la tutela del interés del menor y el ejercicio efectivo del derecho de custodia. En este sentido, los Estados que participaron en la creación del Convenio advirtieron que aquellas personas que cometen esta acción de trasladar o retener ilícitamente a un menor, generalmente buscan que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado en el que se refugian, por lo que consideraron que un medio eficaz para disuadirlos consistía en que sus acciones se vieran privadas de toda consecuencia práctica y jurídica.

**Interés superior del menor:** Desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño, reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo, es posible afirmar que el interés superior del menor es, nada más y nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos (Doctrina de Miguel Cillero Bruñol). Este principio se infiere del texto de la invocación inicial del Convenio, donde se señala: “Los Estados parte del presente convenio, profundamente Convencidos de que el interés de los niños es de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, deseosos de proteger al menor en el plano internacional contra los efectos judiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos”. El objetivo convencional relativo al retorno del menor debe estar subordinado a la toma en consideración de su interés.

La filosofía del Convenio al respecto, se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor, está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En este sentido, conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cuyo primer principio general señala que “los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios.

La verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor. Es él quien sufre por perder de repente su equilibrio, es él quien sufre su trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él quien siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero a condiciones culturales que no son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida. Por lo tanto, es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio (uno preventivo y el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual) responden en su conjunto a una concepción determinada del “interés superior del menor”.

**Celeridad:** También se infiere de la invocación inicial del convenio, donde se señala:

“deseando proteger a los niños en el plano internacional contra los efectos dañinos de un traslado o no regreso ilícito, y fijar procedimientos con el fin de garantizar el regreso inmediato del niño al Estado donde reside habitualmente”.

Asimismo, el artículo 11° del Convenio señala: “Las autoridades administrativas o judiciales de todo Estado contratante deberán proceder con carácter de urgencia para el regreso del menor”.

La importancia del factor tiempo en todo el tema aparece de nuevo en este artículo. El artículo 2° del Convenio impone a los estados contratantes la obligación de utilizar procedimientos de urgencia, el apartado primero de este artículo reproduce dicha obligación de utilizar procedimientos de urgencia, El apartado primero de este artículo reproduce dicha obligación respecto de las autoridades del Estado al que haya sido llevado el menor, quienes deben resolver su restitución.

La obligación en cuestión tiene una doble vertiente: por una parte, la de utilizar los procedimientos más rápidos que existan en el propio Sistema Jurídico y, por otra parte, la de dar un tratamiento prioritario, en la medida de lo posible, a las demandas en cuestión.

En su afán por animar a las autoridades internas a dar la máxima prioridad a los problemas planteados por los traslados internacionales de menores, el apartado segundo establece un plazo no vinculante de seis semanas, en el cual el demandante o la autoridad central del Estado requirente pueden solicitar una declaración sobre los motivos del retraso. Además, cuando la autoridad central del Estado requerido haya recibido la respuesta, tendrá de nuevo una obligación de información, ya sea para con la autoridad central del Estado requirente o para con el demandante, si éste ha presentado directamente la demanda.

En resumen, la importancia de esta disposición no se puede medir por la exigibilidad de las obligaciones, sino por el hecho mismo de que llama la atención de las autoridades competentes sobre el carácter decisivo del factor tiempo en las situaciones consideradas y porque fija el plazo máximo que debería tardarse en adoptar una resolución al respecto. (Guía de buenas prácticas)

La experiencia muestra que las acciones rápidas, inmediatas y expeditas en la aplicación del Convenio de La Haya son el medio más seguro para proteger el interés de los menores. Un procedimiento expedito podrá:

- Minimizar las perturbaciones o desorientaciones al menor sustraído de su entorno familiar.

- Minimizar los perjuicios al menor por el hecho de su separación del otro padre.
- Reducir una mayor perturbación para el menor, que pueda resultar cuando se ordena su retorno después de un periodo largo en el extranjero.
- Evitar que el sustractor obtenga una ventaja por el hecho del paso del tiempo.

Sin cuestionar la importancia del principio clave de rapidez, una autoridad central o su intermediario necesitan ejercitar una cierta discreción en la resolución del dilema, entre actuar rápidamente y sin retrasos, y acordar un plazo para negociar una resolución amistosa del asunto o un retorno voluntario.

La rapidez constituye un punto esencial en los casos de sustracción. Un procedimiento expedito es un principio clave de funcionamiento para toda persona o autoridad implicada en la aplicación del convenio. Esto resulta de los objetivos del convenio, tal y como se definen en su artículo primero, con la finalidad de asegurar el retorno inmediato del menor, así como las indicaciones generales del artículo 2º, en virtud del cual los estados parte deben acudir a los procedimientos de urgencia y, por último, en el artículo 11º, en virtud del cual las autoridades deben proceder con urgencia para el retorno del menor.

Para animar los procedimientos expeditos, el artículo 23º suprime toda condición relativa a la legalización de documentos u otras formalidades similares.

La cuestión más controvertida en cuanto a la aplicación del Convenio es la relativa a los retrasos en el tratamiento de las solicitudes, los procedimientos judiciales y la ejecución de decisiones de retorno. La necesidad de una acción rápida en todas las fases del procedimiento no puede ser sobre enfatizada.

**Exclusividad en la materia:** Teniendo en cuenta que el objeto del convenio es la restitución inmediata del menor que han sido ilícitamente retenidos o trasladados a un Estado parte, a las autoridades administrativas o judiciales les es dado resolver



exclusivamente sobre la restitución o el régimen de visitas. Por consiguiente, dentro del proceso de restitución, no deben ocuparse de resolver sobre la custodia ni ordenar pruebas relativas a su definición.

**Autoridades centrales:** Cada Estado designará una autoridad central, encargada de cumplir las obligaciones que fueren impuestas por el convenio.

La creación de la autoridad central para facilitar el funcionamiento del convenio es obligatoria para todos los estados contratantes. La designación, la creación y el establecimiento de una autoridad central, necesitará una medida de aplicación de algún tipo. Según el sistema interno de cada Estado, esto podrá realizarse por medio de legislación o mediante un proceso puramente administrativo. La mayoría de los estados contratantes designa una oficina o una estructura administrativa única para actuar en calidad de autoridad central para la totalidad del Estado.

La autoridad central debería ser designada en el momento de la ratificación o de la adhesión al convenio, y establecida y lista a enviar y recibir peticiones en el momento de entrada en vigor del convenio para el Estado contratante.

Si el Estado contratante es un Estado federal, un Estado con más de un sistema de derecho o un Estado con organizaciones territoriales autónomas, es libre de designar más de una autoridad central y de iniciar la extensión territorial de sus poderes. (guía de buenas practicas)

**Funciones de la autoridad central:** De conformidad con el artículo 7° del convenio, las autoridades centrales deberán cooperar entre sí y fomentar la cooperación entre las autoridades competentes de sus respectivos estados, para asegurar el regreso inmediato de los niños y lograr los demás objetivos del presente convenio.

El artículo 7° dispone también que las autoridades centrales deben promover una cooperación entre la autoridad central y las autoridades locales como la policía, los trabajadores sociales, los tribunales o las organizaciones como la Interpol. Sin la asistencia de una red de autoridades competentes, los objetivos del convenio no podrían ser atendidos. La autoridad central debería encargarse de desarrollar esta

red y de mantener a los individuos y a las autoridades informadas sobre las cuestiones relevantes del convenio.

La cooperación mejora, igualmente, cuando el personal de las autoridades centrales puede reunirse para tratar cuestiones de interés común.

Tal contacto personal, a través de conferencias, comisiones especiales y reuniones bilaterales o regionales, contribuye en gran medida a la comprensión y al respeto de los diferentes sistemas jurídicos y administrativos.

En particular, deberán tomar todas las medidas apropiadas, ya sea directamente o con la colaboración de cualquier intermediario:

- Para localizar a un menor trasladado o retenido ilícitamente.
- Para facilitar la localización del menor, es preferible que las autoridades centrales se apoyen en organismos de localización, ya sea formalmente o no.

La Interpol puede jugar un papel constructivo y útil en la localización de menores. No es necesario abrir un procedimiento penal para que pueda acordarse esta ayuda que puede obtenerse con una simple declaración de desaparición; de hecho, el procedimiento penal puede ser contraproducente en determinados casos. Corresponde a cada país determinar qué uso se puede hacer de la red de comunicaciones de la Interpol, con relación a la sustracción de menores.

Se reconoce que, cuando un menor no se halla en el Estado requerido, la solicitud y los documentos deben ser devueltos a la autoridad central requirente. Si su situación geográfica es desconocida, la autoridad central requerida debería cooperar con la autoridad central requirente para dejar el expediente abierto y continuar con la búsqueda del menor durante un tiempo razonable.

Si un menor ya no está en el territorio del Estado parte requerido, la autoridad central, en virtud del artículo 9, debe transmitir sin demora la solicitud a otra autoridad central en cuyo territorio presumiblemente se halle el menor. La obligación

de transmitir sin demora la solicitud tiene importancia cuando el plazo de 12 meses para el retorno obligatorio del menor llega a su término, o cuando la primera autoridad central requerida a la que se ha dirigido la solicitud tiene en su poder todos los documentos que le serán necesarios a la autoridad central requerida en segundo lugar.

### **3.7. Medidas provisionales para el menor dentro del convenio.**

La autoridad central debería poder al menos avisar a otras seccionales de protección de la infancia cuando el menor está en peligro, para que estas seccionales puedan tomar las medidas de protección. Es importante que la autoridad central proporcione información completa sobre la seguridad del menor para permitir la adopción de medidas de protección en el Estado requerido.

Los Estados parte deberían asegurar la disponibilidad de métodos que permitan la prevención eficaz del desplazamiento del menor por una de las partes, con anterioridad a la decisión de retorno.

Otros perjuicios para el menor podrían deberse:

- Al riesgo de una segunda sustracción y retención por el sustractor o por el otro progenitor.
- Al hecho de permanecer al cuidado de un padre sustractor abusivo y amenazador.
- Al hecho de impedirle el contacto con el otro progenitor o los miembros de su familia.

Los perjuicios sufridos por las personas implicadas podrían resultar del hecho que:

- El sustractor prolongue el procedimiento, el menor se adapte a su nuevo medio y exista un riesgo de daño psicológico para el menor si se fuerza a volver al país de la residencia habitual, después de una larga ausencia.
- El sustractor aleja deliberadamente al menor del progenitor ausente.

- El progenitor privado del menor no puede obtener representación legal.

Los casos de sustracción de menores, al igual que los litigios sobre custodia a nivel nacional, deberían resolverse por un acuerdo de las partes si esto es posible. Si se puede conseguir, los resultados son mejores para todas las partes implicadas, pero hace falta recordar, al igual que en los litigios relativos a la custodia, que no todos los casos permiten llegar a una solución amistosa.

Muchas autoridades centrales pueden participar activamente en las negociaciones de un retorno voluntario.

En los estados con un alto porcentaje de retornos, los sustractores eligen a menudo el retorno del menor voluntariamente cuando son informados del funcionamiento del convenio y de que tendrán que hacer frente a un procedimiento judicial costoso, siendo sus posibilidades de éxito generalmente mínimas.

El retorno voluntario es ventajoso por las razones siguientes:

- Las perturbaciones sufridas por el menor son mínimas.
- Se evita la polarización de la actitud de las partes, que resulta de un procedimiento judicial.
- Las posibilidades de obtener una solución satisfactoria a largo plazo son mayores.
- La hostilidad entre las partes para organizar un derecho de visita ulterior puede evitarse.

Otras ventajas que resultan del retorno voluntario:

- El menor será menos traumatizado.
- Un acuerdo entre los padres puede reducir las tensiones en el momento del retorno.
- Los gastos y la duración del procedimiento judicial se reducen.

- Los padres pueden ponerse de acuerdo en cuanto a las condiciones para facilitar el retorno.

Las autoridades centrales siempre deberían intentar obtener el retorno voluntario del menor como lo prevé el artículo 7° del convenio, en la medida de lo posible y cuando sea oportuno, dando instrucciones a los juristas implicados, ya sea el ministerio público o abogados particulares, o llevando a las partes a un organismo especializado que pueda aportar un servicio de mediación. Al respecto, el papel de los tribunales es igualmente importante. En algunos casos es necesario encontrar el equilibrio entre actuar rápidamente y llegar a una solución amistosa: así se sirve mejor el interés del menor.

Con la finalidad de garantizar el retorno voluntario del menor o de llegar a una solución amistosa (incluyendo la mediación), algunas autoridades centrales dan determinados pasos antes de presentar la demanda ante un tribunal. Estos pasos incluyen:

- Enviar una carta al padre demandado pidiendo el retorno voluntario del menor.
- Contactarse directamente con el padre demandado.
- Considerar los riesgos de fuga.
- Obtener orden del tribunal competente (por ejemplo, una orden de no desplazamiento del menor).
- Proveer una remisión a los servicios de mediación.
- Proveer una remisión a los servicios de información, consejo y asistencia social.
- Negociar, a través de un abogado, de un padre o de un organismo exterior.
- Para evitar cualquier retraso y para alentar el retorno voluntario, enviar la carta con la solicitud de retorno simultáneamente con la presentación de la demanda de retorno.

Las negociaciones para el retorno voluntario no tendrán éxito cuando:

- Hay riesgo de fuga.
- La actitud hostil de uno o ambos padres indica ya su fracaso.
- Hay o ha habido un historial de violencia entre las partes.

A veces, los abogados, las autoridades judiciales o los agentes administrativos, solicitan información adicional necesaria para el procedimiento administrativo o judicial para el retorno del menor, sobre la situación social que un menor sustraído ha dejado o a la que retornará.

El tribunal o la autoridad central que solicita esta información deben ser razonable en la naturaleza y extensión de su solicitud. La autoridad central que debe aportar la información debería ser tolerante en cuanto a las exigencias de las autoridades judiciales del otro Estado, en particular si esto tiende a facilitar el retorno del menor. Es igualmente importante subrayar que en los sistemas de Common Law, cuando una autoridad central o un abogado que representa al solicitante no aporta la información solicitada por la autoridad judicial, tanto la autoridad central como el abogado pueden ser acusados por desacato. En los países de derecho civil, si no se aporta la información solicitada, la demanda no podrá ser examinada en el tribunal.

La información relativa a los pasos inmediatos a dar debería aportarse, preferiblemente, en el momento de acusar recibo de la solicitud. Las autoridades centrales deben ser conscientes de la ansiedad del padre al que se le ha retirado el menor y hacerle saber qué está pasando con la solicitud.

Las respuestas sin demora a las comunicaciones hacen ganar tiempo y esfuerzo a todas las partes, incluso si la respuesta es que no ha habido progreso alguno. Las respuestas sin demora también fortalecen la confianza en cuanto al seguimiento del expediente.

Un procedimiento para informar al Estado requirente sin demora (si ocurren nuevos progresos rápidamente) o regularmente (si el progreso es lento) a la autoridad

central requirente que atiende las presiones constantes del padre privado del menor, le evitará tener que enviar solicitudes de informes de seguimiento.

El correo electrónico es el medio más rápido para aportar información de seguimiento o de informes sobre la evolución del procedimiento.

Si los recursos son limitados, en ausencia de correo electrónico se podrá emplear un formulario o una carta estándar con tal fin. Por ejemplo, el formulario o la carta estándar podría indicar si:

- La solicitud ha sido transmitida a un abogado o a un tribunal, para acción.
- La policía u otras autoridades están buscando al menor.
- Le ha fijado fecha para una audiencia judicial.

En sus respectivos países, las autoridades centrales deberían jugar un papel activo, informando a la autoridad gubernamental apropiada sobre las dificultades y obstáculos encontrados o a los que se anticipan en la aplicación del convenio.

En cuanto a los obstáculos entre Estados parte, existen un número de soluciones disponibles:

- Pueden llevarse a cabo discusiones directas por parte de las autoridades centrales de dos países afectados (y, de ser necesario, por medio de canales diplomáticos).
- Las dificultades pueden examinarse en las reuniones de la Comisión Especial.
- Los problemas sistemáticos pueden ser abordados en reuniones regionales de las autoridades centrales.
- Un organismo neutro, como la Oficina Permanente, puede ser invitado para ayudar a resolver un problema o problemas particulares.
- Un experto independiente de un tercer estado puede ser consultado para dar su opinión sobre la cuestión.

### **3.8. Requisitos para visitas de menores conforme al convenio.**

La solicitud deberá contener:

- Información sobre el nombre del solicitante, del menor y de la persona de la que se alegare o se hubiere llevado o retenido al menor.
- La fecha de nacimiento del menor, cuando fuere posible obtenerla.
- Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar el regreso del menor.
- Toda información disponible sobre el paradero del menor y el nombre de la persona con quien se presume que está el menor.
- Copia autenticada de toda decisión o acuerdo pertinentes.
- Atestación o declaración jurada que emane de la Autoridad Central u otro organismo competente donde el menor residiere habitualmente, o de una persona habilitada (o competente), relativa a la legislación del Estado en la materia.
- La solicitud podrá estar acompañada o completada por cualquier otro documento pertinente, como son los registros civiles de nacimiento y de matrimonio, la sentencia de divorcio o de asignación de custodia y cuidado personal y el establecimiento de visitas (si los hay), las pruebas sobre el domicilio habitual del niño (tales como constancias de establecimientos educativos, de servicios médicos y otros similares).

A través del sitio de Internet de la autoridad central o de su documento informativo o folleto. Esto permite ganar tiempo en la preparación y verificación de solicitudes, prever retrasos debidos a solicitudes incompletas y evitar solicitudes de información inútiles a la autoridad central sobre sus procedimientos.

Verificar que la solicitud esté completa y bajo una forma aceptable para el Estado requerido La solicitud a enviar deberá:



- Ser legible, preferiblemente mecanografiada y no escrita a mano.
- Ser comprensible y claramente expresada.
- Contener toda la información esencial para identificar y localizar al menor.
- Tener la forma adecuada, aceptable por el Estado requerido. Se recomienda la utilización del formulario modelo.
- Contener el adecuado apoyo documental.
- Incluir documentos o información requerida de forma específica por el sistema administrativo del Estado requerido.

El artículo 8° impone la obligación a la autoridad central requirente de asegurar que la solicitud contenga información sobre;

- El solicitante.
- El menor.
- El sustractor.
- Los fundamentos jurídicos y los hechos en los que se basa el demandante para reclamar el retorno del menor.
- Toda la información disponible sobre la localización del menor, en particular dónde y con quién vive el menor o dónde puede esconderse.

No aportar la información esencial en la solicitud entrañará, sin duda alguna, retrasos que podrían:

- Perjudicar las expectativas de obtener con éxito el retorno del menor.
- Frustrar y enfadar al solicitante, que hostiga al personal de la autoridad central.
- Hacer perder el tiempo de la autoridad central requerida.

Las Autoridades Centrales deberán analizar meticulosamente las solicitudes enviadas, para asegurarse de que cumplen el convenio. De otra forma, la solicitud podrá ser rechazada por la autoridad requerida, de acuerdo con el artículo 27°.

Las autoridades centrales deben aceptar las solicitudes actuando de buena fe. Al mismo tiempo, las autoridades centrales requirentes deberán asegurarse de que sus solicitantes aporten la documentación adecuada en apoyo de su solicitud de retorno.

Las indicaciones de buenas prácticas aplicables a la verificación y al tratamiento de las solicitudes de retorno se aplican, de igual forma, a las solicitudes de derecho de visitas.

Los principios básicos comúnmente reconocidos a respetar son los siguientes:

- El menor reside habitualmente en un Estado parte.
- El menor tiene menos de 16 años.

Cuando sea posible, las autoridades centrales deben hablar con los solicitantes sobre los objetivos y el funcionamiento del convenio, así como de los posibles resultados de la solicitud

Esto les permitirá a los solicitantes ser realistas en cuanto a su solicitud.

La solicitud de retorno, se evitarán futuros retrasos en los procedimientos judiciales.

Algunas autoridades centrales han adoptado la buena costumbre de adjuntar a cada solicitud una nota detallada que:

- Describe las leyes relevantes.
- Explica el derecho de custodia del solicitante.
- Resume los aspectos importantes de la solicitud.

Los documentos que apoyan la solicitud son, entre otros:

- Una copia de las leyes relativas al derecho de custodia del solicitante.
- Una declaración jurada u oral, explicando el derecho de custodia del solicitante (especialmente cuando no resulta claro de las propias leyes).

- Prueba documental sobre algunas reclamaciones, por ejemplo, una orden de un tribunal relativa al derecho de custodia.
  - Fotografías del menor y de la persona sustractora.
- Documentos para satisfacer las exigencias del Estado requerido.
    - Autorizaciones escritas, cuando se requieran, de acuerdo con el artículo 28°.

Las traducciones deberían hacerse en la lengua del Estado requerido, y si esto no es factible, en inglés o en francés... Una solicitud incomprensible para la autoridad central requerida comportará retrasos inevitables o su rechazo.

Verificar en el sitio de Internet de la Conferencia de La Haya la dirección actual de la autoridad central. En caso de dificultades para enviar la solicitud, por ejemplo, si no se puede contactar con la Autoridad Central, informar a la Oficina Permanente inmediatamente.

Si es posible, las solicitudes deberían enviarse a la Autoridad Central requerida por un sistema de correo seguro (o su equivalente) para asegurar su llegada. En caso de dudas sobre la fiabilidad del sistema de correos del Estado requerido, o en caso de problemas en la comunicación con la Autoridad Central requerida, es posible enviar las solicitudes por vía diplomática, mediante un acuerdo previo entre las embajadas relevantes. Enviar la solicitud original por correo prioritario, y enviar por fax o por correo electrónico con anterioridad una copia de la solicitud.

**Solicitudes urgentes:** Si la solicitud es muy urgente o el período de 12 meses para el retorno está llegando a su fin, informar a la Autoridad Central requerida de los motivos de urgencia. El Estado requerido podrá aceptar la solicitud en su lengua original para preparar o presentar una petición de retorno, a condición de que la traducción sea enviada en breve.

**Aportar información adicional:** Si la autoridad central requerida necesita información adicional, asegurarse de que la misma sea aportada sin demora o tan

pronto como sea posible. Las Autoridades Centrales deberían, en la medida de lo posible, guiar y aconsejar a sus solicitantes.

**Informar a la Autoridad Central requerida, en caso de dificultades para respetar los plazos:** Si los plazos son fijados para el envío y la recepción de información, informar a la Autoridad Central requerida en caso de dificultades para respetar los plazos.

Las fechas límite para presentar documentos o para aportar pruebas se fijan generalmente por los tribunales. De todas formas, es posible obtener una prórroga de los plazos. No respetar los plazos para aportar información o documentos puede conducir al no retorno del menor.

Si el solicitante y el abogado del solicitante se comunican directamente en cuanto a la solicitud, asegurarse de que la Autoridad Central requirente quede informada del desarrollo del procedimiento.

Un control sobre el derecho de visita en cuanto a plazos fijados puede ser difícil.

Como para los casos de derecho de visita a nivel nacional, los litigios transfronterizos tienen dificultades particulares:

- Pueden prolongarse por largos períodos.
- El padre con el derecho de custodia puede fácilmente escapar de los acuerdos previstos para el derecho de visita (incluso confirmados por una decisión judicial).
- No cumplir los acuerdos o no respetar las decisiones judiciales es especialmente problemático cuando el padre con Derecho de visita viene del extranjero para visitar a su hijo en el país donde se encuentra y sólo dispone de un tiempo limitado allí.
- El padre con el derecho de custodia puede ejercer presión emocional, física y financiera sobre el padre titular del Derecho de visita, no respetando regularmente los acuerdos concluidos.

La amplitud de la asistencia de la autoridad central requerida en la aplicación o en la ejecución de las decisiones que acuerdan un Derecho de visita varía de un país a otro. Algunas de las medidas de asistencia ofrecidas por las diferentes autoridades centrales incluyen:

- Apoyo a los servicios sociales de protección de la infancia, por ejemplo, cuando el Derecho de visita debe controlarse.
- Se les puede solicitar a las autoridades del Estado requirente que emitan una decisión o una declaración de conformidad con el artículo 15, constatando el desplazamiento ilícito. No todos los estados son capaces de emitir esta decisión o declaración, pero aquellos países que lo pueden emitir, lo pueden hacer a través del tribunal de la autoridad central o a través de otra autoridad. Las autoridades centrales están obligadas, según el artículo 15, a ayudar en la medida de lo posible al solicitante para obtener tal decisión o declaración.

En algunos países, una vez se ha tomado la decisión de retorno, el solicitante ha de iniciar un procedimiento judicial distinto para la ejecución de la decisión. Muchos estados requirentes ignorarán la necesidad de este paso adicional causado por una falta de información por parte del Estado requerido.

La autoridad central debería advertir a los solicitantes de cualquier plazo para interponer recursos y, hasta donde sea apropiado y posible, ayudar a los solicitantes a cumplir con dichos plazos.

Los Estados parte reconocen que las autoridades centrales tienen la obligación, en virtud del artículo 7° (h), de asegurar que los organismos de protección a la infancia hayan sido alertados de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento del retorno, en los casos que su seguridad esté en entredicho, hasta que la competencia del tribunal invocado apropiado haya sido invocada efectivamente.

Apoyo a los servicios sociales de protección de la infancia.

Las medidas que pueden aplicarse para cumplir las obligaciones impuestas por el artículo 7 (h), de tomar o hacer tomar todas las medidas necesarias para la protección del bienestar del menor, pueden incluir:

- Alertar a los órganos de protección o a las autoridades judiciales en el Estado requirente sobre el retorno del menor que puede estar en peligro.
- Informar al Estado requerido, desde la solicitud, de las medidas de protección y servicios disponibles en el Estado requirente para garantizar el retorno seguro de un determinado menor.
- Alentar la aplicación del artículo 21° del Convenio, para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de custodia y de visitas. Se reconoce que, para el retorno del menor, la protección del mismo puede a veces requerir tomar medidas para proteger al padre acompañante.

Si el Convenio no obliga a confirmar el retorno, hacerlo en la medida de lo posible constituye una buena práctica.

En algunos países, un trabajador social especializado en protección de menores es empleado en la autoridad central para manejar las cuestiones referentes al retorno seguro del menor al Estado requirente. El trabajador social también apoya a los padres afligidos.

### **3.9. La ejecución del Convenio.**

Realizar todas las actuaciones apropiadas, en el marco de poderes conferidos a la autoridad central, para asegurar que las condiciones o los compromisos se cumplan. Las definiciones; es importante tener en cuenta las siguientes definiciones de términos que se utilizan para la ejecución del Convenio:

- Restitución: Acción por medio de la cual se regresa un menor a su país de residencia habitual, es decir cuando un menor es llevado fuera de su país natal.

- Residencia habitual: En términos de la Convención, es donde el menor tiene su centro de vida, donde el menor esta parte de su vida en dicho país.
- Traslado ilícito: Sacar del país al menor sin el lleno de los requisitos legales, es decir cuando algún familiar lo traslada a un país sin autorización del que tiene la guarda y custodia del menor.
- Retención ilícita: Cuando uno de los padres, familiares o terceras personas, desconociendo los derechos de custodia o de visitas, o el término concedido para el regreso del menor a su país de residencia habitual, lo retiene en alguno de los países parte de la Convención.
- Estado contratante: Es el país parte de la Convención, que este dentro de la alianza de dicho pacto.
- Aplicante: Persona que se encuentra en el territorio del país de residencia habitual del menor que ha sido traslado o retenido ilícitamente, y quien realiza la petición para la restitución internacional o el establecimiento del régimen de visitas.
- País requerido: Es el país hacia donde fue traslado o retenido ilegalmente un niño, niña o adolescente, y al cual se reclama su restitución o el establecimiento del régimen de visitas.
- País requirente: Es el país que reclama la restitución del niño, niña o adolescente trasladado o retenido ilícitamente en un Estado parte de la convención.
- Autoridad central: Institución encargada de cumplir las obligaciones impuestas por el Convenio.
- Derecho de guarda: Comprende el derecho relativo a los cuidados de la persona del menor y, en particular, el de decidir su lugar de residencia.
- Derecho de visita: Comprende el derecho de llevar al niño por un período de tiempo limitado a un lugar distinto al de la residencia habitual de éste, y también el derecho a visitarlo y de comunicarse por cualquier medio con él.

El trámite de las solicitudes de restitución o regulación internacional de visitas se surte a través de dos fases: la administrativa y la judicial. La administrativa está a cargo del defensor de familia, y tiene por objeto adelantar la correspondiente investigación socio familiar y propiciar el arreglo voluntario entre las partes. La judicial está a cargo de los jueces competentes, y tiene por objeto decidir a través de sentencia, sobre la solicitud.

La fase administrativa se surte de conformidad con las previsiones del Convenio, en concordancia con nuestro ordenamiento jurídico, y básicamente con la Ley 1008 de 2006 y la Ley 1098 de noviembre 8 de 2006 el Código de la Infancia y la Adolescencia, el Código del Menor, el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y demás normas concordantes. Para la aplicación del Convenio Internacional de La Haya referente al secuestro internacional de menores. Los artículos 8 y 11 de este acto administrativo son inaplicables según la sentencia T-357 de 2002 de la Corte Constitucional, en cuanto a que atribuyen competencias a los defensores y jueces de familia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, por ser incompatibles con los artículos 121°, 122° y 150°-23° de la Constitución Política.

El Consejo de Estado, con fecha del 23 de agosto de 2002, resolvió una acción de nulidad instaurada por inconstitucionalidad contra la Resolución No. 1399 de 1998. En este fallo se desestiman las pretensiones de nulidad, dejando por tanto en vigencia y con plena eficacia este acto administrativo. Por consiguiente, la resolución se encuentra en vigencia a excepción de los artículos 8 y 11, conforme a lo mencionado anteriormente. Dicha resolución será modificada y ajustada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1008 de 2006 y la Ley 1098 de noviembre 8 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia. De acuerdo con la normatividad antes citada, el siguiente es el procedimiento que se sigue para el trámite de las solicitudes de restitución:



### **3.10. Cuando el país requirente.**

- Las solicitudes son recibidas a través de sus regionales o seccionales, centros zonales o directamente por la Subdirección de Intervenciones Directas.
- Los centros zonales, regionales o seccionales remiten las solicitudes a la Subdirección de Intervenciones Directas.
- Las solicitudes son radicadas en la Subdirección de Intervenciones Directas, mediante la asignación de un número consecutivo y luego son objeto de análisis y revisión con los documentos anexos (artículo 8° del convenio).
- Si la solicitud y los documentos reúnen los requisitos del convenio, la Subdirección de Intervenciones Directas remite la solicitud a la autoridad central del país requerido.
- Si la solicitud y los documentos aportados no reúnen los requisitos del convenio, la Subdirección solicita al aplicante corregirla, completarla o adicionarla, según sea el caso.
- Si a la solicitud no le es aplicable el convenio, se rechaza y se le indican al solicitante las acciones sustitutivas a seguir para buscarle una solución al caso
- La Subdirección de Intervenciones Directas hace el seguimiento a las solicitudes de restitución, coopera y sirve de enlace entre los aplicantes y las autoridades centrales del país requerido, para lo cual mantiene con ellos permanente comunicación telefónica, vía correo electrónico o convencional y vía fax.
- La Subdirección de Intervenciones Directas, en procura de lograr la cabal aplicación del convenio, coordina acciones con las autoridades y organismos estatales colombianos y extranjeros, comprometidos con la garantía internacional de los derechos de los niños.

### **3.11. Cuando el país requerido.**

- Las solicitudes son enviadas por las autoridades centrales del Estado requirente a la Subdirección.
- La Subdirección de Intervenciones Directas radica las solicitudes mediante la asignación de un número consecutivo, y luego estas son objeto de análisis y revisión con los documentos anexos (artículo 8° del convenio).
- Si la solicitud y los documentos que la soportan reúnen los requisitos del convenio, la Subdirección de Intervenciones Directas la remite a la regional o agencia que corresponda, de acuerdo con el lugar donde se encuentre el niño, niña o adolescente.
- La regional asigna el caso al defensor de familia del centro zonal que corresponda, de acuerdo con el lugar donde se encuentre el niño, niña o adolescente.
- El defensor de familia avoca conocimiento, cita al padre o madre sustractor o retenedor para persuadirlo en cuanto al retorno voluntario del niño o niña a su país de residencia habitual, o en cuanto a la regulación de visitas.
- Si no hay retorno voluntario ni ánimo conciliatorio al respecto, el defensor de familia, mediante resolución motivada, declara fracasada la etapa de conciliación y toma medidas provisionales para el restablecimiento de derechos. Estas son, entre otras: ordenar que se restablezca el contacto del niño, niña o adolescente con el padre o madre que reclama la restitución o regulación internacional de visitas; regular visitas provisionales, impedir la salida del país; y presentar inmediatamente la demanda ante el juez competente.
- Si hay ánimo conciliatorio respecto del retorno voluntario, fija fecha y hora para la audiencia y remite la citación del aplicante o demandante a la Subdirección, para la notificación ante la autoridad central requirente.
- Si hay retorno voluntario, acuerdo o arreglo entre las partes, el defensor de familia, mediante auto, aprueba el acuerdo de retorno y procede a enviar copia

del mismo a la Subdirección, y hace seguimiento a efectos de que se realice efectivamente el retorno.

- Si antes o durante la audiencia de conciliación el aplicante desiste del retorno, el defensor de familia dejará constancia en el acta y proferirá un auto cerrando la fase administrativa del proceso de restitución internacional. Si las partes solicitan o manifiestan la intención de conciliar otros derechos del niño (como son custodia, visita o alimentos), procederá a aprobar el acuerdo al que llegaren los padres, de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, la Ley 12 de 1991, el Código del Menor, la Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia y la Ley 173 de 1994 y Ley 640 de 2001.
- Verificado el retorno del niño o niña, el defensor de familia procede al cierre de las diligencias. Si el niño no es retornado, debe presentar la demanda de restitución internacional ante el juez de familia. Procederá de la misma forma en caso del incumplimiento sobre la regulación internacional de visitas.
- Durante esta fase, el defensor de familia debe verificar las condiciones en que se encuentra el niño o niña o adolescente y, si es necesario, tomar medidas provisionales de restablecimiento de sus derechos. Además, debe ordenar que se restablezca la comunicación inmediata entre el niño o niña retenido o trasladado ilícitamente, con el aplicante. Dentro del proceso de restitución, el defensor de familia no debe ocuparse de resolver sobre la custodia ni ordenar pruebas relativas a su definición.

El defensor de familia interviene en el proceso judicial, según lo establecido en el artículo 277°, numeral 1, del Código del Menor, la Ley 173 de 1994 (aprobatoria del Convenio), la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. Conforme a las obligaciones que impone el convenio, debe:

- Mantener permanentemente informada a la Subdirección de Intervenciones Directas sobre los avances del proceso.
- Presentar, si es del caso, objeciones a las pruebas decretadas cuando las mismas no son pertinentes o conducentes, o no son acordes con el objeto del Convenio.

- Coadyuvar las solicitudes o peticiones de los aplicantes.
- Representar al niño, niña o adolescente en las audiencias de conciliación, garantizando que se respeten sus derechos dentro del proceso.
- Solicitar a los despachos pronta definición de los procesos, conforme a lo establecido en la Ley 1098 de 2006, artículos 119° (numeral 3°), 120 y 121, y demás normas concordantes.
- Intervenir a favor del niño niña o adolescente para lograr un acuerdo voluntario que favorezca sus intereses.
- Informar a la autoridad central (Subdirección de Intervenciones Directas) los avances y terminación del proceso.

La Subdirección de Intervenciones Directas hace el seguimiento a las solicitudes de restitución o regulación internacional de visitas a través del Grupo de Asistencia Técnica de la regional o seccional, el defensor de familia y el juzgado de conocimiento. Asimismo, coopera y sirve de enlace entre los aplicantes, el defensor de familia, el juez de conocimiento y las autoridades centrales del país requirente, para lo cual mantiene con ellos permanente comunicación telefónica, vía correo electrónico o convencional y vía fax.

La Subdirección de Intervenciones Directas remite a las autoridades requerimientos copia de la sentencia o actos administrativos por los cuales se resuelven las solicitudes de restitución o regulación.

El defensor de familia asignado deberá mantener informada permanentemente a la Subdirección sobre las actuaciones que se surtan al respecto, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6°, numeral 2, de la convención.

Las autoridades centrales requeridas deben tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 11° del Convenio respecto al término, para tomar una decisión en un plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos.

El no tomar una decisión sobre la solicitud de retorno o regulación internacional de visitas dentro del plazo estipulado en el artículo antes mencionado, faculta a la

autoridad central requirente o al aplicante exigir una declaración sobre las razones de su demora.

Cuando una persona acuda en busca de información relativa a la sustracción internacional de niños y a la garantía internacional de sus derechos, deberá ser remitida al funcionario que conozca de la temática para que, a través de la entrevista, se establezca si el caso expuesto se encuentra contemplado dentro de los aspectos que regulan los Convenios Internacionales o debe dársele el trámite consular, en garantía de los derechos fundamentales. Si al caso le es aplicable el Convenio de La Haya sobre la Sustracción Internacional de Niños, se le explicarán los procedimientos contenidos en este manual, se le entregarán los formatos y se le hará una relación de los documentos en los que debe soportar la solicitud.

El defensor de familia deberá tener en cuenta que el niño ilegalmente trasladado o retenido se encuentra en situación de vulneración de sus derechos, y que es imperiosa la necesidad de que el progenitor retenedor o sustractor entre en razón del grave perjuicio que está causándole con su actitud al niño, separándolo de su otro progenitor y de su familia extensa. Por ello, en estos casos su labor es más importante en el sentido de que debe procurar, por todos los medios, el retorno voluntario del niño a su país de residencia habitual.

Cuando el Convenio habla de restitución inmediata quiere decir que el defensor de familia debe procurar persuadir al padre o madre retenedora del menor, para que voluntariamente lo regrese a su país de residencia habitual, recurriendo a procedimientos de urgencia.

Nos permitimos incluir, a manera de ilustración y reflexión, un aparte de la Sentencia T-290/93 proferida por la Honorable Corte Constitucional, que debe orientar jurídica y jurisprudencialmente el actuar de las autoridades competentes, dentro de los procesos que adelanten sobre restitución y regulación internacional de visitas a favor de los niños, niñas o adolescentes.

“El padre o la madre que influye en su hijo contra el otro de los progenitores, así como el que crea barreras y distancias físicas o morales obra contra la naturaleza y carece la más genuina expresión espiritual de la persona, por lo cual comete una incalificable falta contra la familia y contra la sociedad, que no puede quedar impune ante el derecho.”

## **CONCLUSIONES.**

Los esfuerzos que se realizan para la protección de los menores en la comunidad internacional mediante convenciones, foros como en los países analizados, en nuestro propio país proponiendo y aprobando leyes en pro de los menores, como por ejemplo el decreto publicado el 18 de Marzo de 1980 en el diario oficial de la federación en el que se le adicionaba el artículo 4° constitucional con un nuevo párrafo, en el cual se establece el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades, a la salud física y mental, instruyendo que la ley determinaría los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas, para la protección de los derechos del niño, niñas y adolescentes, así como la ley para la familia, son muestras claras de que existe la inquietud de querer estar a la vanguardia en cuanto a la protección y bienestar de los menores de edad y de toda la familia, es por tal motivo que me permito poner a su consideración el presente trabajo de investigación análisis sobre guarda y custodia de menores esperando que en un futuro no muy lejano se tomado en cuenta y sirva de mucho las observaciones para mi muy válidas por tratarse de la niñez concluyendo con los siguiente:

**1.-**La figura de la guarda y custodia, es muy importante dentro del Derecho Familiar, en virtud de que va encaminado con la posesión, protección, cuidado y vigilancia del menor y aun con el transcurso del tiempo no deja de serlo, claro sufriendo diversos cambios atendiendo a la cultura de la que se trate.

**2.-**En nuestro Derecho, durante la historia siempre ha sido de irrelevancia aun cuando nunca se contó con una legislación especial que protegiera los intereses del menor.

**3.-**La guarda y custodia ha tenido gran importancia en la historia nuestra legislación, sobre todo ante el hecho que a nivel mundial se realizó la convención sobre los derechos de los niños aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas para salvar guardar los derechos de los niños y niñas la cual fue ratificado por México y Perú, en donde consagra los derechos individuales y sociales

tales como la vida, el desarrollo y la protección de acuerdo a la edad y sexo, a expresar sus sentimientos e ideales con la seguridad de que serán tomados en cuenta.

**4.-**La guarda y custodia, se tramita en la vía escrita familiar este procedimiento es largo ya que se deben atender a las diversas etapas procesales con las que cuenta, dicho procedimiento y en ocasiones el Órgano Jurisdiccional no toma en cuenta ninguna medida cautelar durante su trámite y no determina la guarda y custodia provisional dejando en un estado indefenso a los menores y es atendido por los jueces.

**5.-**En la práctica se considera a los alimentos en el capítulo de controversias de orden familiar, en virtud de que dentro de la legislación es el único que establece.

**6.-**Atendiendo el estudio realizado en el presente trabajo, la tramitación de la guarda y custodia en los menores de nacionalidad México-Perú debería de ser lo principal y nunca lo accesorio y darle prontitud en todos los casos en que se tramita, ya que existe de por medio el interés del menor poniendo de manifiesto que es de interés general y de orden público el bienestar del menor.

**7.-**El juez que conoce de la guarda y custodia está a cargo de decidir sobre qué persona o institución es apta para ejercer la guarda y custodia de los menores, las cuales utilizan una vez que se agotan el procedimiento que se está llevando a cabo.

**8.-**La guarda y custodia es una figura del derecho familiar muy interesante, ya que estudia la parte fundamental de la sociedad.

**9.-**El Juez es el que va a resolver sobre la guarda y custodia de los menores tomando en consideración los intereses de los mismos, así como va a velar por el sano desarrollo y desenvolvimiento de los menores dentro de la sociedad.

**10.-**Aun cuando se determine quién va ejercer la guarda y custodia, quien no la tenga tendrá derecho a establecer un régimen de visitas con el objeto de no negarle al menor el convivir con el padre o la madre según sea el caso.



**11.-**Cuando el juez decida otorgar de manera provisional la guarda y custodia del menor a personas que no sean sus padres, o a instituciones y en caso de ser más de un menor y que son hermanos no debe separarlos.

De acuerdo a la convención sobre los derechos del niño, todo niño tiene derecho:

- A la vida
- No ser discriminado
- A la protección del estado
- Un nombre y una nacionalidad
- Protección de identidad
- Mantener contacto con sus padres
- Expresar su opinión
- No ser trasladados o retenidos de manera ilícita
- A salir de cualquier país y entrar en el propio en visitas de reunión familiar
- A libertad de pensamiento, conciencia y religión

**12.-**El derecho familiar debe ser considerado como una categoría diferente del derecho público y del derecho privado por tener elementos pertenecientes a ambos sectores. En el caso de México, tiene una importancia fundamental tanto para la determinación de los órganos jurisdiccionales competentes y para la distribución de funciones entre los tribunales federales y los de los Estados que integran la Unión, como para la determinación del derecho aplicable y para el establecimiento de los alcances y límites de actuación de las autoridades administrativas.

**13.-**La falta de concreción la falta de concreción legislativa del principio de interés superior del menor es acertada ya que su falta de definición permite que este sea moldeado caso por caso y que sea interpretado sistemática y armónicamente con el contexto y contenido del instrumento normativo que lo materializa. Las dimensiones aplicativas de este principio como un derecho sustantivo, como un criterio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento que operan como un mecanismo de control para la correcta aplicación de los objetivos convencionales y autónomos, configurándose como un alinea interpretativa a la luz

de la cual las autoridades, los órganos jurisdiccionales, los progenitores y los ciudadanos en general deben actuar ubicando por encima de cualquier derecho, el interés superior del menor.

**14.-**Entre las finalidades de los convenios de restitución está el que se respeten, por los Estados contratantes, los derechos de custodia y visita vigentes ante el traslado o retención ilícita. Tomando como criterio rector el interés superior del menor, los deberes derivados de los derechos de guarda y custodia, deben ser interpretados como derechos del menor y no como derechos de los progenitores. Las obligaciones que nacen de los derechos del menor, y por lo tanto todo lo referente al cuidado y protección de este deben ser vistas desde su posición y no únicamente desde la perspectiva de sus padres. Lo anterior no quiere decir que aquel no ostenta los derechos de custodia no los puede hacer valer ante el otro que tiene los derechos de visita, si no que entre progenitores habrá quien tenga derecho u otro los comportan. Sin embargo, frente al menor estos deberes no se deben configurar como derechos de los padres, sino como derechos del menor que deben ser garantizados.

**15.-**En contraste con lo establecido en los convenios de derechos de menor respecto a la fijación de la residencia del menor en México no es suficiente tener los derechos de guarda y custodia, única o compartida, para poder fijar la residencia si ambos padres conservan el ejercicio de patria potestad. De esta manera, la decisión sobre el lugar de residencia del menor puede ser unilateral ya que la titularidad de los derechos de guarda y custodia no implica un poder absoluto y exclusivo para determinar el lugar en el que debe vivir el menor. Por lo contrario, tratándose de una decisión tan importante debe intervenir también el otro progenitor, y específicamente debe tomarse en consideración el derecho del menor a convivir con ambos padres.

**16.-**Si el punto central de estos convenios y de la normativa autónoma es garantizar que el menor pueda convivir plenamente con ambos padres, un convenio de residencia unilateral implicaría una violación al derecho del menor a relacionarse directamente con ambos. Es así que los padres deben resolver de común acuerdo

este cambio, y en su defecto deberá ser el juez competente el que determine todo lo conducente a la formación y cuidado del menor, contratante en lo relativo al lugar en que habrá de desenvolverse.

**17.-**La residencia habitual debe ser entendida como un criterio competencial y conflictual que nos permite determinar las dimensiones funcionales de este para mantener el *status quo* del menor Respecto a su situación antes del traslado, esto: es el velar por el respeto de los derechos de la guarda y custodia preestablecidos y vigentes en un estado; la conversión de la competencia predeterminada naturalmente a favor de los Tribunales de la residencia habitual del menor antes del traslado, así como la protección del derecho del menor a que se decidan los derechos por el juez razonablemente próximo a su centro de vida.

**18.-**La determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales es fundamental en el tema que nos ocupa. En México hay una coincidencia entre la norma que establece la competencia jurisdiccional internacional, la norma que establece la competencia judicial interna y la norma de competencia territorial. En este sentido las normas de competencia jurisdiccional que existe en la República mexicana son, generalmente de competencia interna, pues pretenden determinar aquellos supuestos en que el órgano jurisdiccional mexicano conocerá de un supuesto específico, siendo este su indiscutible e innato límite.

**19.-**Dentro del Estado mexicano. La Constitución señala por medio de la cláusula residual en el artículo 124 que las facultades que no estén expresamente concedidas a los funcionarios Federales se entienden reservadas a los Estados. Lo anterior implica que la materia familiar al no estar expresamente considerada a los funcionarios del ámbito Federal se encuentra reservada a las entidades Federativas. A la par de lo establecido en la cláusula residual que tenemos en el artículo constitucional 104° que señala que podrán conocer los Tribunales Federales de las controversias del orden civil que susciten sobre el cumplimiento y aplicación de tratados internacionales, y que a elección del actor y cuando solo se afecten intereses particulares podrán conocer de ella, los jueces, los Tribunales del

orden común. La lectura conjunta de estos artículos crea confusiones, además de que abre un abanico de posibilidades que generan inseguridades jurídicas.

**20.-**La falta de coincidencias entre estos artículos constitucionales genera confusión para la atribución de competencias en los Tribunales Federales y los Tribunales de orden común. En este supuesto. La competencia Federal o local de los Tribunales no debe derivarse del cumplimiento y aplicación de instrumentos internacionales, ya que todos los órganos jurisdiccionales mexicanos están obligados a hacer un control difuso de convencionalidad. Por otro lado, aun y cuando el artículo 104° establece un tipo de competencia concurrente en estos supuestos, la determinación de competencia de un Tribunal Federal podrá incurrir en una invasión de competencias, ya que esta materia es local. Además, que si tomamos en cuenta como criterio rector el principio del interés superior del menor, tendremos que considerar que al ser esta materia de fuero común la experiencia y conocimiento que tienen los jueces locales sobre la resolución de estos supuestos es mayor que la que tiene los jueces Federales.

**21.-**Establecer la condición de que podrán conocer, sobre estos supuestos, los jueces del orden común a elección del actor común se afecten intereses particulares, es excesiva. El establecimiento de la protección de los derechos de los menores como cuestiones de orden público e interés social no puede reducirse a que solo afecta intereses privados, puesto que iría en contra de lo establecido en el artículo 4° Constitucional, donde señala que la protección de este interés es una obligación del Estado. Poner en riesgo nociones que el Estado ha considerado de orden público e interés social, no es una cuestión que solo “refleja una protección de intereses particulares”, sino que es una cuestión que afecta a todos. Es así que cuando se pone en peligro el interés superior del menor o la estabilidad del núcleo de la sociedad, estas no pueden ser resueltas por la libre voluntad de las partes.

## **RECOMENDACIONES.**

Se recomienda ampliar e indagar más acerca de la guarda y custodia, en diferentes ámbitos de estudio a los de la presente investigación, puesto que los países preservan dicha figura jurídica y cuentan con diferentes formas de procedimiento y exigencias que contribuyen con las legislaciones mexicanas para mejorar la guarda y custodia del menor.

En específico hacer un estudio definido y detallado de las similitudes y diferencias de cada uno de las legislaciones plasmadas durante el desarrollo de la investigación, toda vez que cada una de ellas podría abarcar un tema de investigación distinto, debido a la forma que son interpretadas y al gran material de estudio que existe sobre cada una de ellas.

Es relevante mencionar que en el ámbito mexicano, las legislaciones plasmadas diversas exigencias con las que otros sistemas jurídicos no cuentan las cuales pudieran contribuir a dichos sistemas jurídicos no cuentan y las cuales pudieran contribuir a dicho sistema de impartición de justicia, por lo cual se recomienda realizar una investigación comparada de las exigencias plasmadas en el sistema jurídico familiar de México las cuales podrían contribuir con Perú que amplié el ámbito de guarda y custodia, con el fin de poder llevar un procedimiento común en caso de que existan casos de menores con ambas nacionalidades

Se exhorta a llevar a cabo exposiciones y ponencias de la presente investigación en un congreso con fines internacionales, de derechos humanos y en derecho civil, dirigido a todo el público en general, ya que es un tema que por sus características, cualquier persona es susceptible de formar parte de un procedimiento de guarda y custodia y es necesario conocer los derechos y obligaciones con las que cuenta las partes involucradas en estos actos.

Se encomienda a los legisladores optar por introducir mayores exigencias a las legislaciones que regulan la guarda y custodia y que brindan seguridad jurídica, así

como establecer capacitaciones continuas a los servidores públicos encargados de la impartición de justicia a fin de evitar violaciones a los derechos de los niños y en específico a la guarda y custodia, ello es debido a que como se menciona en las conclusiones las partes son quien violentan los derechos de la guarda y custodia.

Agilizar el trámite de restitución y contar con la facilitación de comunicación internacional con el fin de facilitar la protección del derecho del menor y dar le la protección jurídica al mismo.

## REFERENCIAS.

Aguilar Rojan Gonzalo, Patria potestad, Lima, 2012.

Albaca Landero R, Cooperación Interamericana en los procedimientos Civiles y Mercantiles, México, 1992.

Álvarez J. M., Instituciones de Derecho Real Castilla y de Indias, México, 1982.

Arellano García, C., Nuevas Normas sobre Aplicación de Derecho Extranjero México, 1991.

Bárcena. Andrea, Textos de Derechos Humanos sobre la Niñez, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México. 1992.

Barcia Lehmann Rodrigo. Custodia compartida de los hijos, Madrid, 2008, p.582.

Becerra Bautista J., *El Proceso Civil en México*, México, 1977.

Beltrán Pacheco Patricia, La tenencia Compartida en el Perú, 2009.

Brena Sesma I. L., La gestación subrogada ¿Una nueva figura del derecho de familia?, México, 2012.

Bustamante Alarcón R., Derechos fundamentales y proceso justo, Lima, 2011.

Busto Rodríguez M.B., Diccionario de derecho civil, México, 2006.

Cadenas Carlos Quirós y José Alberto Gatibaldi., La Familia en el Derecho Peruano, Perú, 1990.

Carbonell, M., Los derechos fundaménteles en México, México, 2011.

Carbonnier J., Derecho Civil, tomo I, Situaciones familiares y cuasi familiares, Barcelona, 1960.

Cárdenas Miranda, Adopción Internacional, México, 2001.

Castellán I., La familia en México, México, 1985.

Chávez A. Manuel, La Familia en Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, México, 1990.

Chávez A. Manuel, La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, México, 1997.

Chunga Lamonja. Fermin G., Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes. La infracción penal y los derechos humanos. Lima, 2016.

CÓDIGO CIVIL FEDERAL DE MÉXICO, 2017.

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES PERÚ, 2016.

CÓDIGO PROCESAL PERÚ, 2016.

CONSTITUCIÓN FEDERAL MEXICANA, 1824.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2005.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2008.

Contreras Vaca, F. J, La Competencia Judicial en México y en la Esfera Internacional a nivel Interamericano”, México, 1986.

CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO (CONVENIO DE LA HAYA).

Echeverría Guevara Karen Lissette, La Guarda y Custodia Compartida de los hijos, Madrid, 2011.

Ferrández Fierro A. E., El sistema normativo de rendición de cuentas y el ciclo del uso de los recursos públicos en el orden jurídico mexicano, México, 2016.

Fix-Zamudio, H., La Función Constitucional del Ministerio Público, México, 1978.

Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil, México, 2007, p.342.



Galindo Garfias, I., Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas Familia, México, 2002.

Garcia Mairon Feliz, los aspectos internacionales en Materia de derecho Civiles, Políticos, Derechos Económicos, Sociales y culturales, 1997.

García Morelos, G., El Amparo- Habeas Corpus. Estudio comparativo México-Argentina, Morelia, 1998.

Garcia Pastor Milagros, La situación de los hijos cuyos Padres no conviven: Aspectos Personales, Granada, 1997.

García Ramírez, S., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*; México, 2007.

Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de las sustracciones internacionales de menores. Problemas de la Aplicación del convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*. Madrid, 2002.

González Martin, Familia internacional en México: Adopción, Alimentos, Restitución, Tráfico y Trata, México, 2009.

González Reguerra Elizabeth, Guarda y custodia de menor, México, 2009, p. 185.

Gudiño Pelayo, J., *Introducción al Amparo Mexicano*, México, 2003.

Ibañez Jorge Enrique, El Derecho de los Niños, Colombia, 1994.

Ivars Joaquín, La Guarda y Custodia Compartida tras la actual Reforma del Código Civil, México. 2007.

Laborde, S., El Ministerio Publico en el proceso civil mexicano en Comunicaciones mexicanas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IX Congreso Internacional de Derecho Comparado en Teherán 1974, México, 1977.

LEY DE CONCILIACIÓN Y SU REGLAMENTO PERÚ, 2016.

LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2000.

Mansilla y Mejía, M. E, C., Capítulo Séptimo. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras”, UNAM, 2007.

Matus Callejeros, E., México ante la Restitución de Menores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.

Miranda Manuel C., El Derecho de la Familia en el nuevo Código Civil y el Derecho Genético, Lima, 1989.

Mosquera Monelos Susana, El Derecho Fundamental de Igualdad, Perú, 2012

Najurieta, M. S., Restitución Internacional de Menores, , Buenos Aires, 2007.

Ortiz Ahlf, L., Derecho Internacional Público, México, 1993.

Percy David Q. S., El Nuevo Régimen Familiar peruano, Lima. 2002.

Perez Gallardo Leonardo B, El Derecho Familiar y los Nuevos Tiempos, Cuba, 2006.

Pérez Garanda Raymundo, ¿Es viable la Tenencia Compartida en el Perú?, 2009.

Perez Luño Antonio, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, 1999.

Pérez Vera, E. Derecho Internacional Privado, vol., I, U. N. E. D., 2001.

Pereznieto Castro, L., Derecho Internacional Privado, México, 2011.

Puig Peña Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Filiación y Tutela, Perú, 1971.

Rabago Dorbecker, M., Codificación del Derecho Internacional Privado en México, México, 2006.

Ramos Carlos N., Historia del Derecho Civil Peruano Siglos XIX y XX Tomo VII. La dogmática en triunfo, Lima. 2012.

Rodríguez Jiménez, La Protección de los Menores en el Derecho Internacional Privado, México, 2006.

Rojina Villegas, R., *Derecho Civil Mexicano*, México, 1975.

Sánchez Fabio, Gómez Sonia, Salazar Edison, Padres por Siempre, Colombia, 2010.

Sánchez Gil., Las Partes en el Juicio de Amparo, México, 2015.

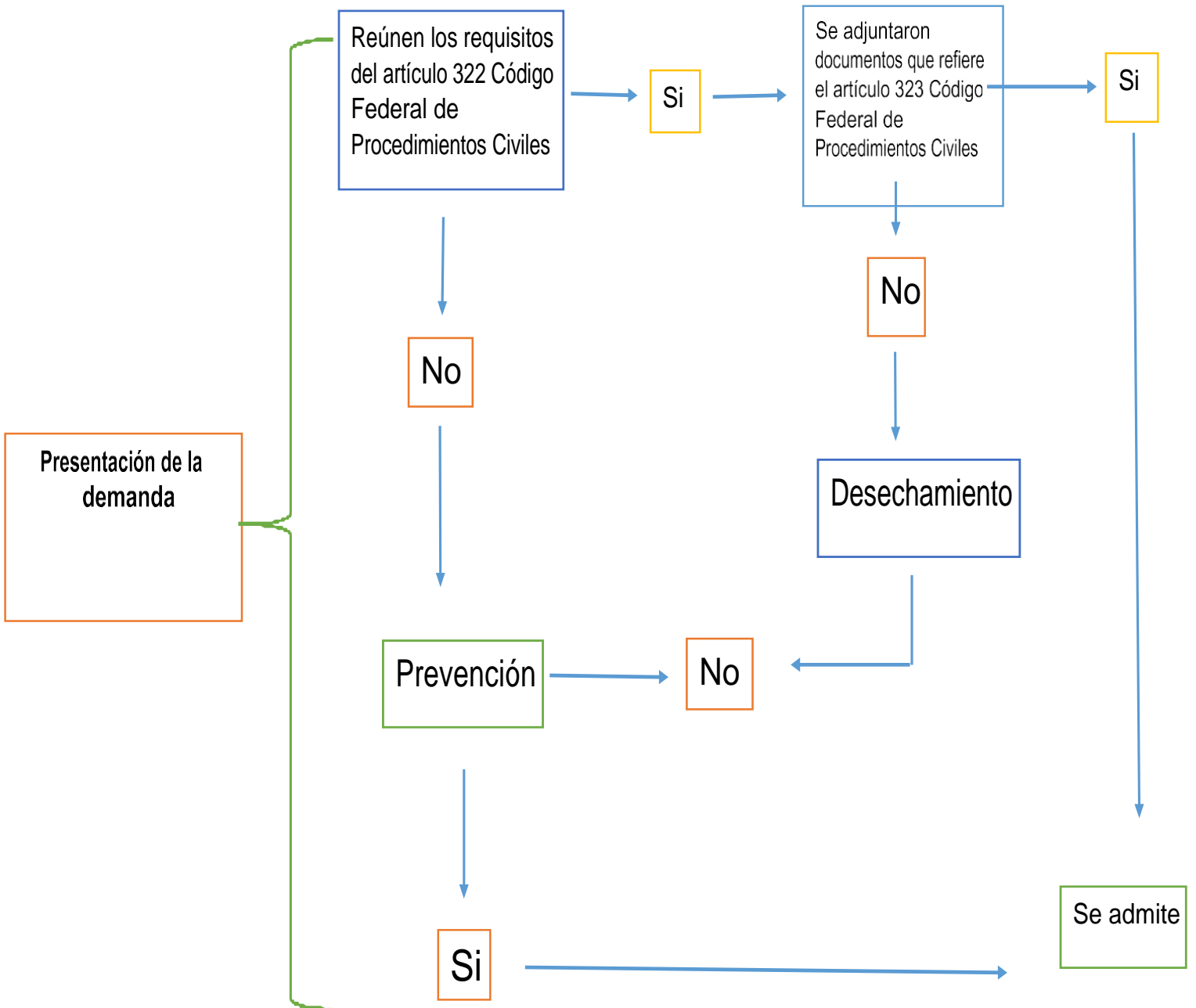
Seoane de Chiodi, M.C., Autoridades Centrales. Su razón de ser en el Ámbito de la Convención de la Haya de 1980 La Restitución Internacional de la Niñez, México, 2011.

Silva, J. A., La Precisión de la Competencia Internacional: la Perspectiva el Estado Mexicano, Argentina, 2005.

Steffen Caceres María Guisella, Orientación Familiar, relaciones Humanas y familia, Chile, 2003.

# **ANEXOS**

Anexo 1



Formulación de la demanda

Fuente: Elaboración personal.

Anexo 2



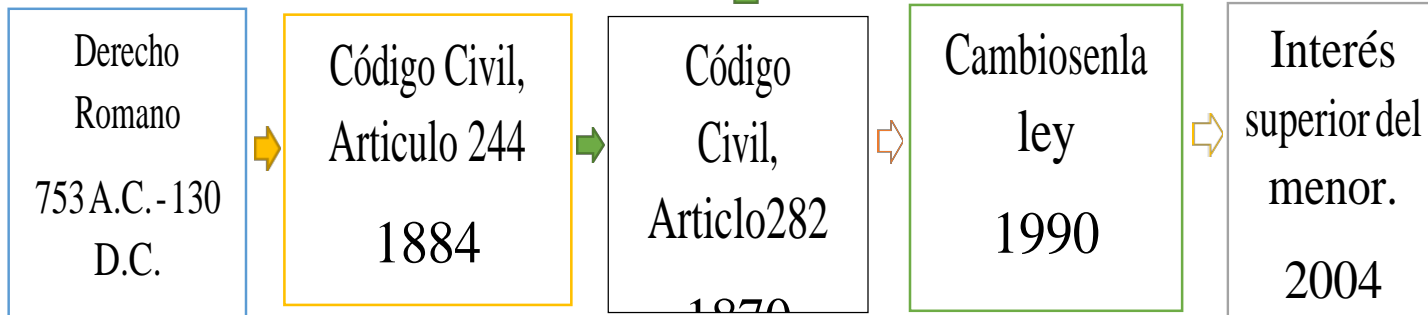
## Orígenes históricos jurídicos de la guarda y custodia en

### México.

El padre tenía el control y autoridad sobre todos los miembros de la familia, a tal grado de poder privar de la vida a los hijos, cuando éstos cometían faltas. Después, se empezó a tener la posibilidad de juzgar a los padres, por infanticidio.

Nos presenta una disposición cuyo contenido expresa lo que podría ser un acercamiento a la custodia compartida, en el artículo relativo a las medidas provisionales en el juicio de divorcio que, guardadas las proporciones.

Siempre en todos los casos argumentando el interés superior del niño.



Incluyó el criterio y los principios de protección integral de la niñez en su doble dimensión: bien como garantía de los derechos de los Niños, y como protección en condiciones especialmente difíciles.

Fuente: Elaboración personal.

**GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.

**TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.**

Amparo directo 170/2000.—Adrián Escorcía Martínez y otra.—1o. de marzo de 2001.—Unanimidad de votos.—Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera.—Secretaria: Cristina García Acuatla.

Amparo directo 935/2000.—Rosa María Reyes Galicia y otro.—17 de octubre de 2001.—Unanimidad de votos.—Ponente: Raúl Solís Solís.—Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 980/2000.—Geni Vega Espriella.—26 de junio de 2001.—Unanimidad de votos.—Ponente: Raúl Solís Solís.—Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 701/2001.—Ignacio Alfaro Hernández.—29 de enero de 2002.—Unanimidad de votos.—Ponente: Raúl Solís Solís.—Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

Amparo directo 367/2002.—Carlos Octavio Juárez González.—9 de julio de 2002.—Unanimidad de votos.—Ponente: José Fernando García Quiroz, secretario de Tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado.—Secretario: Jorge Luis Mejía Perea. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, octubre de 2002, página 1206, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis II.3o.C. J/4; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, octubre de 2002, página 1207.



# Tabla de restitución de menores.

## Solicitudes de restitución y de visitas recibidas

Año	Restitución	Visitas	Total	Porcentaje de incremento Anual
2010	5	1	6	66.67
2011	9	1	10	60,00%
2012	12	2	14	71,43%
2013	18	2	20	70,00%
2014	29	2	31	64,52%
2015	28	3	31	100,00%
2016	39	4	43	72,09%
2017	34	4	38	-113,16%
2018	60	6	66	57,58%

**Tabla 2. Estado de las solicitudes**

	Restitución	Visitas	Total
Solicitudes Recibidas	284	36	320
Solicitudes Activas	110	28	138
Solicitudes Cerradas	174	8	182

**Tabla 3. Solicitudes de restitución y de visitas por países**

Países Requeridos	Países Requerientes
Estados Unidos	Estados Unidos
Venezuela	Argentina
España	Italia
Perú	México

Fuente: Elaboración personal.



Fuente:

<https://www.webconsultas.com/bebes-y-ninos/psicologia-infantil/como-afecta-el-divorcio-tus-hijos-11608>



Fuente:  
<https://es.slideshare.net/azumariale/instituciones-familiares-45536420>

## Anexo 8



Fuente:  
[http://spanish.chinatoday.com.cn/soc/law/content/2015-04/22/content\\_684573.htm](http://spanish.chinatoday.com.cn/soc/law/content/2015-04/22/content_684573.htm)

## QUÉ DEBE TENER EN CUENTA PARA DIVORCIARSE SI TIENE HIJOS



### PATRIA POTESTAD

- Derechos que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados
- Esto recae sobre los dos padres
- A falta de uno, el otro ejercerá la patria potestad



### SE PUEDE SUSPENDER POR:

- 1 Demencia de alguno de los padres
- 2 No poder administrar sus propios bienes
- 3 Larga ausencia
- 4 Maltrato habitual
- 5 Abandono
- 6 Condena privativa de la libertad de más de un año

### CÓMO SE DEFINE LA CUSTODIA



- Es recomendable llegar a un acuerdo
- Si no, un juez será quien defina la custodia

Sin importar quién tenga la custodia, ambos padres tienen las mismas obligaciones

### Teniendo en cuenta:



Quién de los dos puede ofrecer un entorno adecuado



El tiempo disponible que tiene el padre para cuidar a su hijo



La opinión del niño



Fuente: Código Civil -Icbf / Gráfico: LR-AT

### Fuente:

<http://www.derechofacil.gob.ar/novedades/los-hijos-en-el-divorcio/>

## LA PATRIA POTESTAD (LA CUSTODIA) PARA MENORES EN GEORGIA

*Cómo se toma la decisión sobre la patria potestad (la custodia) en el Tribunal*

### ■ Padres casados

Tanto el padre como la madre disponen del mismo derecho en cuestiones de la patria potestad (la custodia) para menores y referentes a los niños nacidos durante el matrimonio. ¿Que sucede si la madre y el padre están separados y uno de ellos desea ser el único con la responsabilidad de la patria potestad (la custodia) de sus hijos? En ese caso, el padre o la madre que desea esa responsabilidad ha de ir al Tribunal y solicitar que le adjudiquen la patria potestad (la custodia) bajo la ley, y el Tribunal adjudica la patria potestad (la custodia) para menores a cualquiera de los padres que considere el que mejor puede criar al niño.

### ■ Padres solteros

La madre soltera dispone de todos los derechos de la patria potestad (la custodia) del niño en cuestión. No le da al padre biológico el derecho de llevar al niño el firmar el acta de nacimiento, pues para que se le adjudique la patria potestad (la custodia) o algún derecho de visitas, el padre tiene que comprobar que es el padre biológico, y debe presentar una solicitud ante el Tribunal al respecto.

Si el padre biológico no casado lleva al niño sin el permiso de la madre, se considera que ha cometido un delito, el que se llama «Interferencia con patria potestad (la custodia).» Si ocurriera, hable usted con la Fiscalía de su localidad acerca de interponer una acusación formal en su contra.

### ■ Abuelos u otras personas

Los abuelos pueden solicitar al Tribunal que le adjudiquen el derecho de visitas, pero primero tienen que comprobar que existen «circunstancias especiales».

### ■ El Departamento de Servicios para Familias y Menores

El Departamento de Servicios para Familias y Menores (el Departamento DFCS) puede presentar una solicitud al Tribunal en que solicita que se adjudique la patria potestad (la custodia) a ese Departamento si considera que ha quedado privado el niño. El Condado tiene que comprobar que los padres no son aptos, y tiene que haber pruebas claras y convincentes de esa falta de aptitud de los padres.

El Juzgado de Menores es el tribunal que se ocupa de este tipo de caso, y en ese Juzgado, los padres de bajos recursos económicos tienen el derecho de disponer de los servicios de un abogado sin costo alguno. Si usted no tiene los recursos económicos necesarios para contratar a un abogado particular, presente por escrito su solicitud de servicios de abogado; preséntela al Secretario del Juzgado, y hágalo en cuanto sepa del caso.

### ¿En qué se basa el Tribunal para determinar a quién adjudicar la patria potestad (la custodia)?

En la mayoría de los casos, el Juzgado toma en cuenta lo que es el mejor interés del menor para decidir a cuál de los padres adjudicar la patria potestad (la custodia). ¿Cuál de los padres ha cuidado del niño en el pasado? ¿Cuál de los padres puede cuidar del niño mejor en el futuro?

Usted tiene que ir al Juzgado acompañado de las pruebas que muestran que usted es la persona que mejor cuidará de su hijo, lo que es sumamente importante si usted no dispone de los servicios de un abogado.

Tenga en mente lo siguiente. ¿Quién vela por el niño? ¿Quién le da de comer? ¿Quién le viste y quién le lleva a la escuela? ¿Quién le lleva al médico y le da su medicina? ¿Quién le baña? ¿Quién cuida del niño cuando se enferma? ¿Quién limpia? ¿Quién juega con el niño y quién le ayuda con sus tareas escolares? ¿Quién está en contacto con la escuela? ¿Cuál de los padres pasa más tiempo en otra parte? ¿Alguno de los padres toma bebidas alcohólicas o consume drogas? ¿Tiene antecedentes penales el padre o la madre que no solicita la patria potestad (la custodia)? ¿Vive el padre o la madre con otra persona? Usted necesita tener testigos que harán constatar que el niño estaría mejor con usted, y las personas que se consideran

buenos testigos son familiares o parientes, vecinos, maestros, amigos, personas con que tiene contacto en la iglesia, policías o trabajadores sociales.

Los expedientes médicos y escolares y los expedientes de la policía o del departamento DFCS también pueden ayudar a demostrar que usted es la persona que mejor haría de padre o madre. Usted debería conseguir copias de todo expediente y documento que le sea útil.

### ¿Qué efecto tiene la violencia familiar sobre la patria potestad (la custodia) para menores?

El Juzgado necesita saber si ha habido violencia en el hogar. Para determinar a quién adjudicar la patria potestad (la custodia), el Juez necesita usar como primer punto de referencia la seguridad física del niño y la persona (la madre o el padre) que ha sido maltratada, y cuando toma su resolución sobre la patria potestad (la custodia) ha de considerar cualquier violencia habida contra cualquiera de los padres. El ver la violencia familiar puede perjudicar a un niño tanto como si le maltrata al niño mismo.

### Pensión alimenticia para menores

La madre o el padre que dispone del derecho de criar al niño también tiene el derecho de recibir del otro una pensión alimenticia para menores. Al comparecer en el Juzgado, lleve la información sobre los ingresos, es decir, el salario, la ayuda TANF (el bienestar social "welfare"), las estampillas para alimentos, el Seguro Social, la ayuda de los parientes o amigos o pensión alimenticia para menores recibida para otros niños.