

¿MENOR O NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES? UN TÓPICO A DISCUTIR*

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN
Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ**

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Marco conceptual*. III. *Marco conceptual semántico*. IV. *Conclusión*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Debemos iniciar preguntándonos si en realidad existe un debate alrededor de la utilización de los términos “menor-niños, niñas y adolescentes” o estamos ante una mera cuestión conceptual de moda. De esta premisa partimos para delimitar el elemento subjetivo que ocupa estas líneas. Uno de los elementos que debemos tener en cuenta es la disciplina jurídica desde la que se enfoca esta interrogante, ya que dependiendo de la misma, la respuesta puede resultar diametralmente opuesta. Por lo anterior, si la arista jurídica desde la que se aborda es el derecho internacional privado (en adelante, DIPr) podemos asegurar que el término usado, indiscutiblemente, es “menor”, pudiendo afirmar que en esta rama todavía no se ha replanteado la utilización de otro término; si la connotación jurídica es desde los derechos de la infancia, el término usado, de manera exclusiva, es “niño, niñas y adolescentes”. Es por lo que apriorísticamente afirmamos que estamos ante un discutible debate y ante una falta de respuesta unívoca. Así las cosas, las próximas líneas abordarán esta cuestión, terminológica de fondo, desde la óptica jurídica del DIPr. La necesaria advertencia que debemos realizar en este punto es que el presente análisis se realiza desde la óptica del DIPr, como rama autorizada, autónoma y adecuada, para proteger íntegra y globalmente a un menor en la esfera internacional, y en supuestos de hecho de variada índole (alimentos, adopción, sustracción y tráfico).

El focalizado análisis de las presentes líneas, jurídicamente hablando, no impide que seamos conscientes de que el DIPr no estudia a los menores ni de forma exclusiva, ni de forma excluyente. Así, partimos afirmando que el DIPr tiene conexiones indiscutibles con el derecho civil, el constitucional, el internacional público, el penal, el administrativo, o, incluso, con el derecho procesal.

Como primera idea, debemos deslindar el término “menor” del de “incapaz”; la frontera entre estos dos conceptos no está tan clara desde el DIPr local o autónomo; sin embargo, la afirmación cambia radicalmente de signo cuando nos encontramos ante el DIPr convencional. Para sustentar la anterior afirmación, la previsión normativa del artículo 156 (fracciones IX y X) del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, no marca una clara diferencia entre ambos términos, al aparecer uno seguido del otro, como si de una misma

* El artículo parte de las premisas apuntadas en el libro González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y del tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

** Doctoras en derecho e investigadoras del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, adscritas al Área de Derecho Internacional.

realidad se tratara. La delimitación necesita una interpretación de la cual debemos concluir la diferenciación entre estos dos grupos vulnerables.¹ Se concluye, por tanto, que por el hecho de aparecer reguladas conjuntamente no significa necesariamente que se estén uniendo ambas figuras a fin de equipararlas. La otra realidad la muestran los convenios al separar ambos conceptos; nos referimos al Convenio de 2 de junio de 1902 sobre tutela de menores, el convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores y al Convenio de 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños; y, por otro lado, encontramos los convenios internacionales que se refieren al incapaz y destinan su contenido a la protección y regulación de este sector; por ejemplo, el Convenio de 17 de julio de 1905 sobre interdicción civil. Por lo tanto, bien de una manera más confusa o más clara, los cuerpos normativos tienden a diferenciar menor de incapaz.

Reforzando lo anterior, y desde un punto meramente civil, debemos tener claridad en la idea de que el “menor” no es un “incapaz”; por el contrario, es una persona cuya capacidad de obrar y/o actuar está limitada, lo cual justifica en este punto la función tuitiva que debe representar la patria potestad.² En este sentido, la doctrina señala que la minoría de edad “es un estado civil que lleva implícita la protección, pero que en ningún caso debemos identificar con el estado civil de incapacitado, ni con la situación de hecho de la incapacidad”.³ Por ello, el menor, si bien es cierto, tiene limitaciones *per se*, dista mucho de ser un incapaz.⁴ En este contexto no podemos ignorar la importancia total que adquiere la opinión consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al determinar que “para los fines que persigue esta opinión consultiva es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de esta en gran medida los niños”. No todos pueden ser puntos divergentes, aún cuando reconocemos que son sujetos diferentes y necesariamente diferenciables, debemos recurrir a la opinión consultiva mencionada en la cual se reconocen puntos mínimos en común entre ambos y en este sentido señala que “todos son sujetos de derecho, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”.⁵

Atrás quedaron los tiempos en los que el menor de edad estaba completamente desprovisto de capacidad para decidir por sí mismo asuntos de incumbencia personal e incluso patrimonial, quedando sometido a las decisiones que, de forma atinada o errada, tomaran sus representantes legales. Si bien no dejaba de ser sujeto de derecho, el menor estaba a merced de las decisiones ajenas que llegaran a afectar a su propio interés. Afortunadamente, estamos ante una situación cambiante, donde los menores son escuchados en todos aquellos procesos en los que ellos son, directa o indirectamente, una pieza importante (pro-

¹ Para ver un estudio detallado del término “vulnerabilidad”, así como de sus implicaciones y consecuencias, véase Pérez Contreras, M. M., “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar”, *BMDC*, México, núm. 113, pp. 845-867.

² En este orden de ideas, la doctrina ha señalado que “el poder sobre el menor ni es ilimitado ni puede ser igual en todo el curso de la minoría. Está relativizado por su finalidad primaria: el provecho y guarda de la persona y bienes del menor, en tanto éste sea incapaz de gobernarse por sí mismo. En ningún caso, la personalidad del menor puede quedar absorbida, sustituida y desplazada por la de su representante legal”. Durán Ayago, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Madrid, Colex, 2004, p. 30.

³ *Ibidem*, p. 32.

⁴ Entendemos que el término incapaz es más amplio que el de menor, desde que el incapaz abarcaría tanto la mayoría como la minoría de edad.

⁵ Véase www.iin.oea.org, consultado el 11 de septiembre de 2010.

cesos de divorcio, asignación de patria potestad, pérdida de patria potestad, asignación y pérdida de guarda y custodia, asignación y pérdida de convivencia y visita, etcétera). La anterior afirmación necesita una matización, a saber, el hecho de que el menor sea escuchado, no significa que su opinión sea tenida en cuenta de manera íntegra; las opiniones que el menor pudiera llegar a manifestar deben tomarse en cuenta, a fin de tomar una decisión en función del “interés superior del menor”, según su grado de madurez.

Estamos en momento crucial en donde socialmente hablando, la población tiene otra postura acerca de qué es menor, sus implicaciones y consecuencias jurídicas.⁶ Así, el menor se define en la actualidad con signo positivo desde que éste ya no es considerado un ser *capitidisminuído*, sino un ser humano con sus derechos específicos, que en razón de su edad ha de gozar de un tratamiento especial.⁷ La propuesta es seguir trabajando a favor de este sector poblacional altamente vulnerable, para construir un verdadero siglo del “puerocentrismo”.

En segundo término, queremos ver si el uso de estos términos trasciende de la esfera formal a la esfera de fondo. En definitiva, se trata de ver si esta polémica representa una discusión baladí, del simple *nomen iuris*, o, si por el contrario, encierra otros problemas que van más allá del aspecto meramente semántico, y que por ende ameriten que nos sentemos a discutir la terminología que resulte más adecuada para referirnos a este sector poblacional.

Con estas premisas, podemos expresar que usaremos el término “menor” como equivalente a “menor de edad”,⁸ sin resabios históricos o jurídicos negativos o peyorativos.

II. MARCO CONCEPTUAL

Partiendo del término “menor”, coincidimos con la doctrina al afirmar que dicha nomenclatura expresa un “concepto jurídico”,⁹ el cual siempre es delimitado, numéricamente, por un derecho positivo; su trascendencia jurídica consiste en otorgar a las personas, que entran en esta categoría, determinados derechos y obligaciones, tanto a nivel social como familiar.

Desde esta perspectiva, la protección al menor debe estudiarse tanto desde el punto de vista jurídico como humano; así se afirma que:

a) El menor es, ante todo, *persona*, en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos) sino también en su dimensión humana (ser que siente y piensa); b) además, es una *realidad humana en devenir*, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro) que su mera realidad actual. Si todo, y toda persona, cambia con el transcurso del tiempo, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el menor, para el que cada día que vive y pasa le aproxima más a dejar de serlo, a su mayoría de edad y plenitud jurídica a que aspira.¹⁰

Si atendemos exclusivamente a la primera connotación de menor aludida, es decir, a la jurídica, es necesario tener como consigna *la salvaguarda de sus derechos fundamentales*; lo anterior nos conduce a una afirmación aparentemente sencilla, la cual encierra un ele-

⁶ Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 171.

⁷ Durán Ayago, A., *op. cit.*, pp. 91 y 92.

⁸ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 56.

⁹ Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 44.

¹⁰ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 159.

vado grado de complejidad por su amplio contenido, su difícil determinación y su facilidad de violentarlo; esto es, consiste en reconocer que el menor es sujeto propietario de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, los cuales están enfocados a proteger su ser o esencia de persona; en definitiva, a proteger los derechos de su propia personalidad, así como el derecho al respeto de su dignidad. Lo anterior comprende, y es aquí donde radica la dificultad que mencionamos, una masa extensa de derechos inviolables, personales e irrenunciables que deben ser proclamados indubitadamente de todo menor. Delimitar, determinar, concretar, regular y aterrizar dichos derechos materializando soluciones jurídicas no es tarea sencilla. Lo anterior no debe ser signo de desesperanza sino de conciencia en aras de trabajar duro para conseguir este fin último. Si vamos un poco más allá y mezclamos en su justa medida la esfera jurídica con la social, afirmamos que el menor tiene *derecho a la felicidad*¹¹ y al bienestar; en definitiva, el derecho a una infancia feliz sin problemas ajenos a su etapa de crecimiento. Sólo si contemplamos al menor como el ser humano que es, desde la perspectiva jurídica y humana (o social), podemos darle una protección en todos los extremos que resultan necesarios.¹²

Desde la arista numérica, podemos decir que no existe unanimidad en aquellos convenios internacionales que abordan al menor, en sus distintas necesidades. Por lo que respecta a este criterio, la minoridad puede oscilar entre los 16 y los 21 años.¹³

Por lo que hace a la arista de forma, tampoco existe dicha unanimidad; en este sentido son dos las modalidades que se encuentran en estos instrumentos: nos referimos a la técnica de reglamentación directa e indirecta.

Por lo que atañe al rubro numérico, afirmamos que no todos los instrumentos convencionales coinciden en insertar la misma "norma material sobre calificación de menor".¹⁴ Lo anterior da una idea de que los ámbitos de aplicación personal de los convenios cuyo contenido se destinan global (Convenio sobre los Derechos del Niño) o sectorialmente (Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional) al cuidado de un menor no coinciden en este punto; de esta manera, es necesario que todos los operadores jurídicos presten especial atención al caso concreto que se le pueda llegar a presentar de cara a delimitar la minoría de edad.

Derivada de esta diversidad de criterios delimitadores, lógica o ilógica, nos preguntamos, junto a un sector doctrinal, si "¿es justificable la diferencia de trato entre niños dependiendo de la norma convencional que resulte aplicable o de la ley conforme a la cuál deba ser examinada la minoridad?".¹⁵ La respuesta a este interrogante es sencilla y así, coincidiendo con la doctrina, "en realidad, no parece justificable, sino criticable, pues con relación a este concreto concepto, los Convenios que inciden en la protección del menor no deben ser examinados ni aplicados aisladamente sino insertos en el esquema internacional de la protección del menor que, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989,

¹¹ *Ibidem*, pp. 163 y 164.

¹² González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y del tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

¹³ Respecto a esta falta de unanimidad convencional a la hora de establecer una edad para el término de "menor" se pronuncia Berraz, quien afirma: "estas diferencias de calificación, y, si se quiere, la carencia de un criterio uniforme respecto del tema, plantean una situación contradictoria y marcan una suerte de desprolijidad en la labor de las CIDIP... Más allá de tener presente lo arduo que resulta desarrollar una labor como la desempeñada, entendemos que el proceso de codificación encarado por las CIDIP deberían guardar uniformidad en cuanto a las calificaciones adoptadas. Ello, a pesar de entender que se trata de cuestiones distintas y de que, a nuestro criterio, la edad de dieciocho años resultaría la más apropiada". Berraz, C., *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, Santa Fe, UNL, 2000, p. 56.

¹⁴ García Moreno, V. C., "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", en varios autores, *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 259.

¹⁵ García Cano, S., *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Madrid, Colex, 2003, pp. 62 y 63.

ha sido construido por los sucesivos convenios que afectan a su protección”.¹⁶ Como una primera conclusión, podemos criticar la variedad numérica que existe en los convenios internacionales que de una u otra manera inciden en la protección de los menores.

Para contextualizar estas ideas partimos del convenio marco de protección al menor, es decir, el Convenio de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; este instrumento, en su artículo primero, conceptualiza el término que nos ocupa, señalando que es toda persona menor de 18 años de edad salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad. De lo anterior se desprende que la edad de 18 años no es absoluta para determinar la minoría de edad, aunque sí lo es como límite máximo a la protección de una persona de conformidad con este instrumento. No olvidemos que el mencionado texto da cuenta de la gran diversidad de opiniones existente en el momento de su elaboración y que, contextualizadamente, plasmó lo que debía entenderse por “niño” y que llevaron en última instancia a permitir la regulación autónoma por cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. La doctrina ha querido ver en este margen estatal de actuación “la búsqueda del trato más favorable a la persona en cuestión, y esto no sólo en aplicación de un principio general de derecho, sino por expreso imperativo convencional”.¹⁷ Siguiendo los parámetros del Convenio sobre los Derechos del Niño encontramos de nuevo la opinión consultiva en donde se determina, por seis votos contra uno, que “para los efectos de esta opinión consultiva, ‘niño’ o ‘menor de edad’ es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42”.¹⁸

De la suma del Convenio sobre los Derechos del Niño y de la opinión consultiva se desprenden dos ideas: la primera es que la edad para fijar la minoridad es de dieciocho años, y la segunda es que se utiliza la mezcla de dos técnicas, una directa (al marcar los dieciocho años como regla general) y una indirecta (al hacer una excepción en función de la “ley que le sea aplicable”, conforme a la cual se puede reducir la señalada cifra de dieciocho años).

De manera indubitada podemos afirmar que éste es el marco referente imprescindible cuando del menor se trata; ahora bien, no todos los convenios van a coincidir en los términos reflejados.

Son tres las “categorías” que manejan los convenios cuyo contenido afectan, de uno u otro modo, a los menores:¹⁹

a) La primera sitúa la minoría de edad en los dieciséis años, representando así el límite más bajo de todos los instrumentos convencionales. En este rubro encontramos en primer lugar dos instrumentos aunados por un par de rasgos comunes: el primero, *ratione materiae* desde que están regulando el *Legal Kidnapping*; el segundo, por la técnica directa utilizada en el señalamiento de la edad; nos referimos concretamente a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (artículo 2) y al Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (artículo 4).²⁰ Si bien la doctrina intenta justificar este límite reconociendo el derecho a la autonomía del menor a partir de dicha edad, y el peso específico que debe tener su opinión en función de una presumida

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Moya Escudero, M., *op. cit.*, pp. 38 y 39.

¹⁸ Véase www.iin.oea.org, consultado el 11 de septiembre de 2010.

¹⁹ Siguiendo de la misma manera a González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S., *op. cit.*

²⁰ En este sentido, señala la doctrina argentina que “la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (no vigente), adopta la solución de La Haya, fijando el límite de los dieciséis años; por entender que la uniformidad asegura la efectividad de los instrumentos internacionales, sin que esto importe inmiscuirse en los asuntos de jurisdicción doméstica”. Blumkin, S. B., “La sustracción internacional de menores”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 55, núm. 1, 1995, p. 32.

madurez,²¹ una voluntad propia que podrá difícilmente ser ignorada, sea por uno u otro de sus padres, sea por una autoridad judicial o administrativa,²² termina reconociendo que dicha edad no resulta acertada a la luz del artículo 11 de la Convención de los Derechos del Niño, debiendo defenderse la ampliación de la protección convencional al niño hasta alcanzar los dieciocho años.²³ En segundo lugar, encontramos el Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores y Restablecimiento de la Custodia, hecho en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980, que considera "menor" a una persona de menos de dieciséis años y sin derecho a fijar residencia propia".²⁴ Por último, el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, sobre Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia de Derecho de Custodia y de Derecho de Visita y Devolución de Menores, de 30 de mayo de 1997, fija la minoría de edad en el artículo 2 de la siguiente manera: "El Convenio se aplicará a todo menor de dieciséis años, no emancipado, que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados". Respecto a este instrumento convencional en concreto, la doctrina ha realizado una dura pero cierta crítica al señalar que olvida "que su marco material no sólo afecta a la devolución de menores, sino también al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita sin que se haya producido ningún tipo de traslado ilícito".²⁵ De este último instrumento debemos señalar la utilización de una técnica directa de reglamentación de la edad, a la cual se le suman dos condicionamientos: el primero es que no esté emancipado, y el segundo es que debe ser nacional, bien español o bien marroquí, para que le dé cobertura este instrumento.

b) En segundo lugar, encontramos un grupo de instrumentos que elevan la minoría de edad, y así sitúan explícitamente el límite en los dieciocho años. En este sentido podemos mencionar la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (artículo 2),²⁶ el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (artículo 3);²⁷ el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, el cual, en su artículo 2, dispone que "el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años";²⁸ la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias en su artículo 2; el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre la Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de

²¹ García Cano, S., *op. cit.*, pp. 64 y 65.

²² Moya Escudero, M., *op. cit.*, pp. 41 y 42.

²³ García Cano, S., *op. cit.*, pp. 64 y 65.

²⁴ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 42.

²⁵ Moya Escudero, M., *op. cit.*, p. 42.

²⁶ Estamos así ante una norma material que "consagra un principio de uniformidad a los efectos exclusivos de la aplicación de la Convención, con la finalidad de asegurar, con ventajas, la efectividad del instrumento internacional". Uriondo de Martinoli, A., "Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores-CIDIP V, México, 1994", *Revista de la Facultad*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, vol. 3, núm. 1, 1995, p. 179; mismas afirmaciones que podemos encontrar en Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, Córdoba, Advocatus, 1996, p. 124.

²⁷ Debemos señalar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada por México el 13 de diciembre de 2000 y sin ratificación posterior, presenta dos protocolos: a) Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia y b) el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Delincuencia Organizada. Estos protocolos habiendo sido firmados no han sido ratificados. De estos tres instrumentos nos referiremos únicamente al último, por ser el tema que nos ocupa.

²⁸ Moya Escudero, M., *op. cit.*, pp. 40 y 41.

Adopción, y el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

c) En tercer lugar encontramos otro reducto de convenios donde la edad para fijar la minoría es la de veintiún años; en este rubro encontramos el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias respecto a Menores, hecho en La Haya el 24 de octubre de 1956, en cuyo artículo 1 menciona que “a los fines del presente Convenio, la palabra menor significa todo hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo que no esté casado y tenga menos de veintiún años cumplidos”;²⁹ el Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Relativas a las Obligaciones Alimentarias, de 2 de octubre de 1973; el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 2 de octubre de 1973, y en el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre el Cobro Internacional de Alimentos con Respecto a los Niños y otras Formas de Manutención de la Familia. Otro convenio que establece la edad de veintiún años es el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños (artículo 5).

Estos instrumentos fijan la edad del “menor” de forma directa, es decir, a través de una técnica de reglamentación directa; ahora bien, encontramos otros que lo hacen a través de una técnica de reglamentación indirecta. Sumándonos a la doctrina, entendemos que hay un punto de inflexión en las técnicas mencionadas que fijan la edad en los convenios; un punto de inflexión que viene representado por la Convención sobre los Derechos del Niño, y en este sentido, afirman “la tendencia convencional hacia las definiciones materiales en detrimento de las fórmulas de remisión, evitando sujetar la cuestión a los ordenamientos estatales y las posibles interpretaciones divergentes”.³⁰

Por un lado, están los instrumentos que de manera implícita fijan la edad de dieciocho años, lo anterior se realiza de una forma simple y clara al reenviarnos al instrumento convencional al que complementa; en este rubro encontramos el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía. Así, la Convención que da sentido a este Protocolo, a saber, la Convención de los Derechos del Niño de 1989, define, en su artículo 1, que “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.³¹ Derivado de lo anterior estimamos lógico entender por “menor” para este Protocolo quien no haya cumplido la edad de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.³²

Por otro lado, encontramos convenios que complican la fijación de la minoría de edad al no tener otro instrumento que complementar; ello debido a la utilización de una técnica

²⁹ Respecto a este convenio, véase a González Campos, J. *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6a. ed., Madrid, Eurolex, 1995, p. 381.

³⁰ García Cano, S., *op. cit.*, p. 63.

³¹ Del señalamiento que hace la Convención sobre los Derechos del Niños, se ha llegado a comentar que “Es importante aclarar que si algún régimen jurídico establece una edad distinta a la que señala la convención, se estará a lo que disponga la ley local de que se trate, pues lo que expresa la Convención es una regla general”, véase <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>, consultada el 11 de septiembre de 2008. Asimismo, Jiménez García, J. F., *Derechos de los niños*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 12. De parecido pronunciamiento encontramos a Ortiz Ahlf, L., “Los derechos humanos del niño”, en varios autores, *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 244. Por su parte, García Cano ha señalado que “es precisamente esta posición óptima de la Convención, conforme a la cual su objetivo es ‘aplicarse a un grupo de edad lo más amplio posible’, la que debe guiar la interpretación y aplicación de la normativa internacional *in casu*”. García Cano, S., *op. cit.*, pp. 64 y 65.

³² Debemos señalar que la Convención de los Derechos del Niño viene acompañada de dos protocolos; a) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía y b) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados. Estos tres instrumentos están en vigor en México (el Convenio el 21 de octubre de 1990 y los dos protocolos el 15 de abril de 2002) refiriéndonos al primer protocolo mencionado por su enfoque al tema que abordamos.

indirecta la cual nos impone acudir para su concreción a la normativa material a la que nos reenvíe. En este rubro encontramos la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a las Adopciones Internacionales, la cual en función de su artículo 3 nos remite a la normativa material de la residencia habitual del menor para determinar los requisitos que debe reunir éste para poder consolidarse la adopción; el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, en cuyo artículo 12 determina que será “menor” aquél que lo sea cumulativamente tanto en su ley nacional y en la ley de su residencia habitual. En este contexto, la doctrina ha señalado que “se ha creado una norma de conflicto con conexiones acumulativas, estableciéndose la necesidad de ser menor de edad con el concurso de dos leyes”;³³ otro instrumento que determinan la edad de forma indirecta es el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, firmado el 31 de julio de 1981, el cual, en su artículo 4, menciona que “a los efectos de este Convenio, una persona será considerado menor de acuerdo con lo establecido por el derecho del Estado de su residencia habitual”; el Convenio sobre Competencia de las Autoridades y la Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, en su artículo 12, determina que “a los fines del presente convenio, se entenderá por ‘menor’ toda persona que tenga la calidad de tal, de acuerdo con la ley interna del Estado del que es nacional, o la ley interna del Estado de su residencia habitual”; en este tenor, el Reglamento Comunitario 2201/2003 tampoco contiene un concepto propio de “menor”, lo cual constituye a nuestro juicio un grave descuido del legislador comunitario; así, para definirlo, habrá que acudir a las normas de DIPr del Estado miembro, cuyos tribunales europeos conocen del asunto.

Como corolario, podemos mencionar que la utilización de esta técnica de reglamentación indirecta incrementa la “relatividad de soluciones”, la cual será positiva o negativa dependiendo de cada caso concreto. Así las cosas, consideramos que esta relatividad se traduce en la posibilidad de que un sujeto pueda ser considerado “menor” en un Estado contratante, pero “mayor de edad” en otro”,³⁴ elevando de esta forma la inseguridad jurídica y la falta de previsibilidad y certeza jurídica, necesaria en todo punto en el tema que abordamos. Así, la doctrina sostiene que “la cooperación internacional aconseja la utilización de calificaciones autónomas propias y específicas del derecho internacional privado”,³⁵ evitando así las diferentes calificaciones que se puedan llegar a dar en los diferentes Estados contratantes de un determinado instrumento convencional.

III. MARCO CONCEPTUAL SEMÁNTICO

En este apartado, queremos abordar si el debate, como expusimos anteriormente, es de forma o es de fondo. Estamos ante una cuestión llamativa desde que en los últimos tiempos no ha pasado inadvertida para la doctrina.³⁶ En este contexto se ha señalado que:

El incremento de la normativa convencional en este sector ha disparado la pluralidad de términos para referirse a los mismos. Niño, joven, menor, el genérico de infancia... son conceptos que se utilizan indistintamente, llegando a emplearse varios de ellos incluso en un mismo do-

³³ Moya Escudero, M., *op. cit.*, p. 40 y Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 340.

³⁴ *Ibidem*, p. 333.

³⁵ Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, 2004, p. 55.

³⁶ “Dos datos llaman la atención en cuanto a la definición del sujeto destinatario de la protección otorgada por los convenios internacionales que afectan a la protección del menor: 1) algunos convenios prefieren la denominación de ‘menor’, y otros optan por el término ‘niño’; 2) no existe una definición unánime del concepto, ni por el método empleado para su determinación ni por los límites de edad establecidos”. García Cano, S., *op. cit.*, pp. 62 y 63.

cumento. Sin embargo, no es bueno introducir la sinonimia entre conceptos que no tienen por qué gozar de esta concepción. Además, es importante conservar distintas expresiones precisamente porque no se pueden equiparar las cualidades de esas personas durante la larga etapa de su minoría de edad.³⁷

El debate gira de esta manera en torno a si, desde el DIPr, el término adecuado es “menor” o si éste debe ser desplazado en favor de otros conceptos como el de “niño, niña o adolescente”.

La postura, que de manera tajante adoptamos, pasa por observar que ésta es una simple cuestión del *nomen iuris*, puramente semántica;³⁸ si bien no estamos divorciados de la idea de que en otras ramas jurídicas se utilicen otros términos al adecuarse mejor al objeto de su estudio.

Así las cosas, estimamos que a pesar de que se ha afirmado que el término “menor” está desfasado, obsoleto, y que es un término despectivo para referirse a este sector de la población, estimamos que deben ser respetados los títulos que, en los diversos foros de codificación (La Haya/CIDIP) se han otorgado en el seno del DIPr.³⁹ Ello no obsta que seamos conscientes de que puede existir algunas diferencias esenciales, tal y como lo manifiesta la opinión consultiva expuesta. En este contexto, el Instituto Interamericano del Niño señaló que “la llamada doctrina de la situación irregular considera que son ‘niños’ quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y ‘menores’, quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas”. En esta línea argumentativa, Costa Rica señala que “con la Convención sobre los Derechos del Niño se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular... esa doctrina creaba una distinción entre ‘niños’, que tenían cubiertas sus necesidades básicas y ‘menores’ que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraban por lo tanto, en una ‘situación irregular’”.⁴⁰ Por su parte, el Instituto Universitario de Derechos Humanos y otras Organizaciones en la Materia, A. C., de México, señaló que “el término ‘joven’ debe ser rechazado, pues abarca tanto a mayores como a menores de 18 años. El término ‘menor’ es jurídico; y contempla la asistencia y la tutela que se debe dar a la persona que, en razón de su edad no posee la capacidad de ejercicio de sus derechos”.⁴¹ En este mismo razonamiento, la Federación coordinada de las ONG que trabajan con la niñez y la adolescencia, Codeni, de Nicaragua, señaló que “resulta conveniente emplear la terminología ‘niñas, niños y adolescentes’, para rescatar su condición de sujetos sociales y de derecho, producto de su personalidad jurídica, y dejar atrás la política de la situación irregular, que emplea el vocablo ‘menores’ en forma peyorativa”.

Resta destacar que si bien desde el punto de vista penal o de los derechos humanos la utilización del término “menor” pueden llevar implicaciones de situaciones ya superadas (como la denominada “situación irregular”), podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos,

³⁷ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 33.

³⁸ En este sentido, García Ramírez señala que estamos hablando del mismo fenómeno aun cuando utilicemos distintos términos, y así afirma que: “utilizaré diversas expresiones que corresponden a una misma realidad y atiende a un solo designio jurídico: niños, adolescentes, menores”. García Ramírez, S., “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional”, en varios autores, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México-Unión Europea, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006, pp. 51 y 52.

³⁹ En este sentido, García Ramírez señala, en el contexto del Derecho penal y refiriéndose al término de “menor”, que “obviamente, el empleo de esta última expresión, tan cuestionada hoy en día, no responde a una visión devaluada de las personas a las que se aplica, integrantes de un conjunto numeroso: se trata, en la especie, de “menores de edad”, esto es, individuos —con amplios y seguros derechos— que aún no han llegado a la edad prevista para la plena aplicación de las normas penales ordinarias”. Véase la opinión vertida por distintos agentes en la OC-17/2002.

⁴⁰ Véase www.iin.oea.org, consultada el 11 de septiembre de 2010.

⁴¹ *Idem*.

que en el DIPr la utilización de dicho término no conllevan en lo más mínimo connotaciones despectivas, y que no podemos ignorar este término desde que lo anterior supondría ir en contra de los títulos otorgados a los convenios internacionales en vigor; en este orden de ideas, encontramos convenios de derechos humanos que utilizan específicamente el término “menor”; este es el caso de la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores (artículo 2, que habla de “menores de uno y otro sexo” y los artículos 6 y 7). Ahora bien, debemos reconocer que esta no es la nota dominante en los convenios de derechos humanos, desde que otros instrumentos utilizan el término “niño”; en este rubro encontramos el Protocolo que enmienda la Convención para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños concluida en Ginebra el 30 de septiembre de 1921 y la Convención para la Supresión del Tráfico de Mujeres Mayores de Edad concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933; igualmente encontramos el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía. Otro instrumento que se añade a la tendencia de hablar de “niños”, abandonando así el término menor, clasificado como delincuencia organizada y delitos conexos, es el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En un plano indefinido, encontramos los convenios cuya temática versa en las publicaciones obscenas, ya en su represión o bien en supresión, así como en los instrumentos relativos a la trata de blancas, donde no se menciona el término “menor” quedando el ámbito de aplicación personal de estos instrumentos ciertamente amplio.

IV. CONCLUSIÓN

Para apoyar la idea de que el concepto de menor no siempre ha tenido una carga negativa en la regulación mexicana, haciendo un rápido recuento, se observa que con carácter general el artículo 18 de la Constitución mexicana, antes de su reforma de 2005, señalaba que “la Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de *menores* infractores”. Otro ejemplo lo encontramos en las Reglas de Beijing de 1985, la cual igualmente utilizan casi con carácter exclusivo el término “menor”, aunque a veces aparece en su texto entremezclado el de “joven” (artículos 1.4 y 9.1).⁴²

Ahora bien, por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, se refiere al término “niños” de manera exclusiva, no sólo en su título sino también a lo largo del texto, inserto este concepto prácticamente en todos los artículos y fracciones que conforman el mismo. De este corte encontramos nuevamente la opinión consultiva, que hace referencia al término “niño”. Por último, y por poner algún otro ejemplo, encontramos las Directrices de Riad que maneja los términos “joven” y “niños” de manera alterna, y principalmente, es el caso del artículo I (principios fundamentales) en sus cinco fracciones.

La variedad convencional en la utilización de los conceptos “niños” o “menor” está servida, y nuestra única intención en este rubro es poner de manifiesto que en el DIPr el término que se maneja es el de “menor”, y es por inercia, apego o tradición, que estas líneas se referirán a este “concepto” sin que ello suponga e implique carga despectiva alguna.

De las líneas anteriores, resta determinar que con absoluta independencia del concepto que cada rama jurídica utilice para referirse a estas personas, concluimos señalando que

⁴² El artículo 2.2 de estas reglas, señala que “para los fines de las presentes Reglas, los Estados miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos: a) menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto; c) menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito”.

“no hay tanto *menor* sino *menores*, pues en poco se parecen los problemas... de un niño de unos meses y los de un joven de quince años”.⁴³ En este sentido, se afirma que, desde el punto de vista jurídico, “menor es el niño de seis meses y el joven de dieciséis años”, pero desde el punto de vista humano, y derivado de esa clasificación, “¿en qué se parecen los problemas vitales y, en consecuencia, los jurídicos y el interés que aquí estudiamos de uno y otro menores?, ¿pueden servir la misma valoración y criterios para determinar el interés o lo que conviene a uno y otro menor en orden a su guarda y custodia tras la separación de sus padres, en cuanto al régimen de relaciones personales con un progenitor o con terceros... o en materia de educación o salud? Evidentemente, no”.⁴⁴

⁴³ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 21.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 58.