



CAPÍTULO PRIMERO

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. CONTEXTO CONCEPTUAL

I. MENOR ¿*VERSUS*? NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Sin duda el punto del que debemos partir es la necesaria delimitación del elemento subjetivo de este trabajo, esto es, del término “menor”/”niños, niñas y adolescentes”. Lo anterior se justifica porque ésta es la piedra angular de la que debemos partir para poder contextualizar las ideas que sobre adopción y tráfico internacional pretendemos desarrollar y aunar a lo largo de estas líneas.

Dos son las ideas que queremos concretar en relación con este concepto.

En primer lugar, es necesario determinar qué es un “menor” de edad desde el punto de vista jurídico mexicano, principalmente en función de los compromisos internacionales, que en forma de convenios (convenciones, tratados o acuerdos), México ha adquirido; un punto de vista jurídico que no puede descuidar la arista social en orden a alcanzar, es decir un correcto entendimiento de la protección que amerita y de la que debe ser titular todo menor. Derivado de lo anterior creemos preciso trazar una frontera entre el concepto de “menor” y el de “incapaz”.

En segundo lugar, resta determinar si el concepto adecuado para referirnos a este sector poblacional es el de “menor”, o por el contrario, debemos recurrir a otros términos, de reciente acuñación y creciente aceptación, como el de “niños, niñas o adolescentes”. Queremos 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.⁶

La necesaria advertencia que debemos realizar en este punto es que el presente análisis se realiza desde la óptica del derecho internacional privado (en adelante, DIPr.), como rama autorizada, autónoma y adecuada, para proteger íntegra y globalmente a un menor en la esfera internacional. Lo anterior no significa que no tengamos en cuenta que existen conexiones necesarias y complementarias con otras ramas del derecho, por ejemplo, con el derecho civil, el derecho constitucional, el derecho internacional público, el derecho administrativo, o incluso, con el derecho procesal. Si bien somos conscientes de que el DIPr. no es una rama aislada y hermética, no podemos abarcar todas las aristas jurídicas que debemos tener presentes si queremos atender a la protección global de un menor. Sin embargo, creemos que sería una tarea ingente abordar la figura de la adopción y del tráfico internacional de un menor desde todas estas aristas, por lo que es necesario discriminar todo aquello que no suponga un enfoque predominante del DIPr.

Determinado el enfoque disciplinar de este trabajo, sostenemos que el punto de partida lo marca la afirmación de que el término “menor” equivale a “menor de edad”;⁷ hermanándonos de esta manera con el concepto que mantiene y ofrece el derecho civil. En estos diáfanos parámetros nos moveremos en este trabajo.

1. Óptica jurídica

Empecemos por delimitar el término “menor” desde el punto de vista jurídico. Como bien señala la doctrina, el término menor expresa un “concepto jurídico”⁸ el cual siempre es deli-

⁶ Al respecto mencionamos, por obvia razón, el mismo señalamiento en González Martín, Nuria, *Familia internacional en México: adopción, alimentos, sustracción, tráfico y trata*, México, UNAM-Porrúa, 2009.

⁷ Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 56.

⁸ Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 44.

mitado, en términos numéricos, por un derecho positivo, a fin de otorgar a las personas que lo cumplen, determinados derechos y obligaciones, tanto para él, como para su entorno social y familiar. Así las cosas, sostenemos que si bien la protección al menor debe estudiarse desde el punto de vista jurídico, no cabe desconocer que esta esfera está estrechamente conectada con la humana. En este sentido podemos afirmar 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.⁹

Si atendemos exclusivamente a la primera connotación aludida de menor, 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 que encierra un elevado 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 al materializar soluciones jurídicas no es tarea sencilla. Lo anterior no debe ser signo de desesperanza sino de conciencia en trabajar

⁹ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 159.

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*,¹⁰ 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.

En relación con esta primera idea debemos considerar 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.¹¹ En este contexto de ideas encontramos un sector doctrinal, con el que coincidimos plenamente, el cual 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”.¹² Así, una cosa es afirmar que el menor tiene *per se* determinadas limitaciones y otra muy diferente, admitir que es un incapaz. En este contexto la citada Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina 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.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 163 y 164.

¹¹ 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*, España, Colex, 2004, p. 30.

¹² *Ibidem*, p. 32.

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.

Atrás quedaron los tiempos en los que el menor de edad estaba completamente desprovisto de capacidad para decidir por sí mismo asuntos de incumbencias 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.

Esos planteamientos, equívocos en su origen, han cambiado, afortunadamente y como consecuencia de duros trabajos en nuestra realidad actual.¹³ Así, el menor se define en la actualidad con signo positivo desde que “éste ya no es considerado un ser capituidismuido, sino un ser humano con sus derechos específicos que en razón de su edad ha de gozar de un tratamiento especial”.¹⁴ El que estemos en una nueva etapa no significa que nos podamos confiar y *dormir el sueño de los justos*, por el contrario, es necesario seguir trabajando y avanzando en la construcción de lo que debe ser un verdadero siglo del “puerocentrismo”. Así, sostenemos que si en un determinado momento se llegó a confundir e incluso a identificar plenamente el término “menor” y el de “incapaz” estamos ante una etapa ya superada donde la frontera entre ambos conceptos está claramente marcada. Lo anterior contrasta *apriorísticamente*, por ejemplo, con la previsión normativa del artículo 156 (fracción IX y X) del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, donde siempre aparece el “menor” seguido del concepto de “incapaz” como si de un mismo concepto se tratara o, como si representaran dos caras de una misma moneda; a pesar de la anterior conjunción entende-

¹³ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 171.

¹⁴ Durán Ayago, A., *op. cit.*, pp. 91 y 92.

mos que se trata de categorías diferentes y ampliamente diferenciables que están unidas por el común denominador que puede llegar a representar la vulnerabilidad de ambos grupos poblacionales. Así, concluimos que por el hecho de aparecer reguladas de manera conjunta, no significa necesariamente que se estén uniendo ambas figuras a fin de equipararlas. La anterior unión contrasta con la clara separación de ambos conceptos consagrada en los Convenios internacionales existentes en la actualidad, ratificados o no por México.

Así, encontramos una valiosa y clara bifurcación en el plano internacional; por un lado, encontramos los Convenios internacionales que se refieren exclusivamente al menor y así destinan su contenido a este sector, por ejemplo, el Convenio del 12 de junio de 1902 sobre tutela de menores, el Convenio del 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores y el Convenio del 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. 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 del 17 de julio de 1905 sobre interdicción civil.

De lo anterior podemos resumir que tanto en el plano nacional, aunque con algún equívoco justificado, como en el internacional, de manera indubitada, los conceptos de “menor” e “incapaz” son y deben ser diferenciados.

Aun 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”.¹⁵

Una vez delimitado el concepto de “menor” del de “incapaz”, estimamos que es hora de abordar qué es “menor” en tér-

¹⁵ Véase www.iin.oea.org. Revisado el 11 de septiembre de 2008.

minos numéricos. Si bien el concepto de “interés superior del menor” no se ha podido, o no se ha querido, definir, el concepto “menor” encuentra una clara delimitación en los instrumentos que en su contenido lo estudian, bien de manera directa o bien por influencia o remisión a otros instrumentos convencionales. En este sentido son dos las modalidades que se encuentran en estos instrumentos y que a continuación abordamos; por un lado, en el número que se ha considerado como punto de referencia para determinar la minoridad (la cual puede oscilar ente los 16 y los 21 años) y, por otro lado, la técnica normativa, directa o indirecta (de calificación autónoma o no), utilizada para abordar dicha minoría.

Por lo que al aspecto numérico atañe debemos iniciar señalando que no existe unanimidad convencional.¹⁶ Así, afirmamos que no todos los instrumentos convencionales coinciden en insertar la misma “norma material sobre calificación de menor”.¹⁷ 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 son iguales al presentar relevantes particularidades; por lo anterior tendremos que prestar especial cuidado al caso concreto para determinar los ámbitos de protección personal, en

¹⁶ 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*, Argentina, UNL, 2000, p. 56.

¹⁷ García Moreno, V. C., “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 259.

definitiva, para delimitar la minoría de edad. Ante esta realidad convencional la duda está servida y así nos planteamos si “¿es justificable la diferencia de trato entre niños dependiendo de la norma convencional que resulte aplicable o de la ley conforme a la cual deba ser examinada la minoridad?”.¹⁸ La respuesta a este interrogante es sencilla y contundente y así estimamos, de acuerdo con la doctrina, que:

...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, ha sido construido por los sucesivos Convenios que afectan a su protección.¹⁹

Como consecuencia directa de lo anterior sólo nos resta criticar la variedad numérica que existe en los Convenios internacionales que de una u otra manera inciden en la protección de los menores y que a continuación ponemos de manifiesto.

Para contextualizar estas ideas partimos del Convenio marco de protección al menor, es decir, el Convenio de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, el cual entiende por niño, en su artículo primero, todo ser humano menor de 18 años 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. La justificación de esta redacción se remonta a la elaboración de este Convenio en la cual se da cuenta de la gran diversidad existente de opiniones en ese momento sobre lo que debía entenderse por “niño” y que llevó

¹⁸ García Cano, S., *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, España, Colex, 2003, pp. 62 y 63.

¹⁹ *Idem.*

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”.²⁰ Si seguimos los parámetros del Convenio sobre los Derechos del Niño encontramos de nuevo la Opinión Consultiva mencionada en la cual 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”.²¹

Tanto de la regulación del Convenio sobre los Derechos del Niño como de la Opinión Consultiva son dos las ideas que podemos extraer, a saber, 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 la indirecta (al hacer una excepción en función de la “ley que le sea aplicable”, conforme a la cual se puede reducir la señalada cifra).

Si este es el marco al que hay que mirar, nos damos cuenta enseguida de que no todos los convenios tienen como referente este instrumento internacional a la hora de establecer y fijar su cobertura personal. Los motivos de esta variación pueden ser múltiples pudiendo oscilar entre la temática que abordan y la conjugación de las distintas ideas que convergen en la negociación de un convenio; de esta manera encontramos tres categorías de tratados:

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 prime-

²⁰ Moya Escudero, M., *op. cit.*, pp. 38 y 39.

²¹ Véase www.iin.oea.org. Revisado el 11 de septiembre de 2008.

ro, *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 2o.) y el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (artículo 4o.).²² 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 madurez,²³ una voluntad propia que podrá difícilmente ser ignorada, sea por uno u otro de sus padres, sea por una autoridad judicial o administrativa,²⁴ 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.²⁵ 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.²⁶ Por último, el Convenio Bilateral 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 2o. de la siguiente manera: “El Convenio se aplicará

²² 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.

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

²⁴ Moya Escudero, M., *op. cit.*, pp. 41 y 42.

²⁵ García Cano, S., *op. cit.*, pp. 64 y 65.

²⁶ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 42.

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”.²⁷ 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 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 2o.),²⁸ 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 3o.);²⁹ el Convenio de

²⁷ Moya Escudero, M. *op. cit.*, p. 42.

²⁸ 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*, Argentina, 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*, Argentina, Advocatus, 1996, p. 124.

²⁹ 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) 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

La Haya del 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 2o. dispone que “el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años”;³⁰ la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias en su artículo 2o.; 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 adopción y el Convenio de La Haya del 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 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 1o. se 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”;³¹ el Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimentarias, del 2 de octubre de 1973; el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias hecho en la Haya el 2 de octubre de 1973 y en el Convenio de La Haya del 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 5o.).

no han sido ratificados. De estos tres instrumentos nos referiremos únicamente al último por ser el tema que nos ocupa.

³⁰ Moya Escudero, M., *op. cit.*, pp. 40 y 41.

³¹ Respecto a este Convenio véase González Campos, J. *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6a. ed., España, Eurolex, 1995, p. 381.

Si estos instrumentos fijan la edad del “menor” de forma directa, esto es, a través de una técnica de reglamentación directa, encontramos otros que lo harán por deducción, es decir, a través de una técnica de reglamentación indirecta. En este sentido se ha afirmado por la doctrina que hay un punto de inflexión en las técnicas usadas para fijar la edad en los Convenios a partir de 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”.³²

Así las cosas, por un lado encontramos entre los instrumentos que señalan de forma implícita, a través de una técnica de reglamentación indirecta, los dieciocho años; deducción que se realiza de forma sencilla al remitirnos al Instrumento convencional al que complementa y acompaña; 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 1o., 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”.³³ Derivado de lo anterior estimamos lógico entender por

³² García Cano, S., *op. cit.*, p. 63.

³³ 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/1/69/1c.pdf> consultada el 11 de septiembre de 2008. Jiménez García, J. F., *Derechos de los niños*, 2000, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 12. de parecido pronunciamiento encontramos a Ortiz Ahlf, L., “Los derechos humanos del niño”, *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

“menor” para este Protocolo quien no haya cumplido dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.³⁴

Por otro lado encontramos convenios en los que al no complementar otro instrumento convencional, resulta más difícil deducir la edad de la minoridad; lo anterior debido a la utilización de una técnica 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 3o. 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 del 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” aquel que lo sea cumulativamente tanto en su ley nacional como 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”;³⁵ otro instrumento que determina 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 4o., menciona que “a los efectos de este Convenio, una persona será considerado menor de acuerdo

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.

³⁴ 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 21 de octubre de 1990 el convenio y el 15 de abril de 2002 los dos protocolos) refiriéndonos al primer protocolo mencionado por su enfoque al tema que abordamos.

³⁵ Moya Escudero, M., *op. cit.*, p. 40 y Calvo Caravaca *et al.*, *op. cit.*, p. 340.

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.

Para finalizar podemos mencionar que la utilización de esta técnica de reglamentación indirecta incrementa la “relatividad de soluciones”, lo cual no siempre trae consecuencias positivas para el DIPr. 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,³⁶ 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”,³⁷ y evita así las diferentes calificaciones que se puedan llegar a dar en los diferentes Estados contratantes de un determinado instrumento convencional.

2. Óptica semántica

El segundo y último punto que queremos abordar en este concepto es lo adecuado o no del uso del término “menor”, aho-

³⁶ *Ibidem*, p. 333.

³⁷ Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado*, España, Lex Nova, 2004, p. 55.

ra desde un punto de vista puramente semántico. Esta cuestión representa una discusión que no ha pasado desapercibida para la doctrina.³⁸ 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 documento. 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.³⁹

Si se toman como base estas afirmaciones, nuestra inquietud es saber si, desde el DIPr., el término adecuado es “menor” o si éste debe ser desplazado a favor de otros conceptos puestos recientemente de moda como el de “niño, niña o adolescente”. Adelantándonos a nuestra conclusión creemos que ésta es una cuestión simplemente del *nomen iuris*, una cuestión puramente semántica;⁴⁰ estamos ante una terminología que debe ser adecuada a la rama jurídica que aborda el estudio de este sector

³⁸ “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.

³⁹ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 33.

⁴⁰ En este sentido García Ramírez señala que hablamos 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”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 51 y 52.

poblacional. 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.⁴¹ Lo anterior no quita que seamos conscientes de que pueden existir algunas diferencias esenciales, las cuales son puestas de manifiesto y de forma reiterada en la Opinión Consultiva que mencionábamos líneas arriba. 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”.⁴²

Por su parte, el Instituto Universitario de Derechos Humanos y otras Organizaciones en la Materia, AC 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

⁴¹ En este sentido García Ramírez señala, en el contexto del derecho penal y refiriéndose al término “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.

⁴² Véase www.iin.oea.org. Revisada el 11 de septiembre de 2008.

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.⁴³

En este mismo razonamiento la Federación Coordinada de ONG's 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”.

De las líneas anteriores 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, que en el DIPr. la utilización de dicho término no conlleva en lo más mínimo connotaciones despectivas, y que no podemos ignorar este término puesto 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 2o. que habla de “menores de uno y otro sexo” y los artículos 6o. y 7o.). 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

⁴³ *Idem.*

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, bien 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.

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 los cuales 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).⁴⁴

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

⁴⁴ 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”.

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, podemos concluir que “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”.⁴⁵ 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.⁴⁶

II. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El Interés Superior del Menor debe tener como primer punto normativo de referencia el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala en su párrafo sexto: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”.

⁴⁵ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 21.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 58.

De manera paralela, la transcripción literal debe acompañarse de la siguiente jurisprudencia:⁴⁷

MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA. De la interpretación del artículo 4o., sexto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de aquel precepto y con la Convención sobre los Derechos del Niño, se advierte que el principio del interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente a quienes van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al

⁴⁷ La Ley de protección de Niñas, Niños y Adolescentes de 20 de mayo de 2000, es reglamentaria del artículo 4o. fracción sexta de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello queda plasmado, entre otros, en la siguiente jurisprudencia. APELACIÓN. LOS AGRAVIOS EXPUESTOS EN ELLA DEBEN EXAMINARSE CONFORME AL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA. Conforme al artículo 423 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, la materia de la apelación debe constreñirse a lo expuesto en los agravios planteados ante la Sala responsable. Sin embargo, tratándose de juicios en los que se controvertan derechos de niñas, niños y adolescentes, debe atenderse a la regla especial de vigilar y tutelar su beneficio directo, por lo que los tribunales ordinarios deben examinar oficiosamente las constancias puestas a su consideración para poder determinar si se cumplió con ese alto principio de protección y no sólo ceñirse al análisis literal de los agravios, porque de hacerlo no se atendería al interés superior de la infancia, que constituye el principio fundamental establecido por el artículo 4o. de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria del párrafo 6o. del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el veintinueve de mayo de dos mil, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Clave: II.3o.C. , Núm.: J/6 Amparo directo 935/2000. 17 de octubre de 2001. 28 de enero de 2003.

actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores. De ahí que para el análisis de la constitucionalidad de una regulación respecto de menores de 18 años, sea prioritario, en un ejercicio de ponderación, el reconocimiento de dichos principios.⁴⁸

Para completar el marco normativo genérico mexicano debemos tener también en cuenta, como ya hemos marcado, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, del 29 de mayo de 2000, en cuyos artículos 3o., 4o., 24 y 45 se deja constancia expresa de la importancia del interés superior del menor.

Si se toma como referencia estos dos cuerpos normativos generales, tenemos entonces que el “interés superior del menor” es y será un concepto jurídico indeterminado marcado por dos notas características: *a)* La relatividad⁴⁹ y *b)* La movilidad y su consiguiente necesidad de adaptación a las nuevas realidades.⁵⁰ Así, sostenemos que justificamos esta indeterminación por la necesidad que tiene de adecuarse a las nuevas necesidades fruto de una creciente internacionalización de las relaciones familiares en las que se encuentra implicado un menor. En este punto es necesario señalar que este concepto no sólo tiene implicaciones jurí-

⁴⁸ Tesis, XLV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1292.

⁴⁹ Así, se ha llegado a afirmar que “es muy difícil, sin embargo, definir (intentarlo siquiera) con cierta pretensión de generalidad qué es o en qué consiste el interés del menor, o apuntar ideas apriorísticas en ese sentido y con alguna validez como concepto o categoría general, dado el relativismo que enseguida se adivina al abordarlo”, *ibidem*. p. 62.

⁵⁰ El elevado número de estudios referentes al menor y, en concreto, al “interés superior del menor”, aunado al importante número de instrumentos normativos, autónomos, convenciones o declaraciones, reflejan, de una u otra manera, que es imprescindible ocuparse de los menores, de sus necesidades, de sus preocupaciones, de todo su mundo; estos estudios muestran la importancia de este tema a la par que la necesaria toma de conciencia por los ciudadanos. Es evidente la necesidad actual de hacer frente a todos los aspectos que rodean al menor debido a su creciente importancia jurídica y social, dos aristas que deben ser estudiadas conjuntamente en aras de dar una protección integral al menor.

dicas, en cuanto titular de derechos, sino también implicaciones humanas-sociológicas en cuanto persona que siente, piensa y a la que deben respetarse dichas dimensiones.⁵¹

Respecto a la característica de la relatividad se ha señalado que:

...al interpretar el *interés del menor* hay que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica. La formación de la decisión en la que se establece dónde se sitúa el *interés del menor* ha de hacerse siempre con la consideración de todos los datos que conforman la situación del menor y donde es imprescindible tener en cuenta las circunstancias concretas de los protagonistas que le rodean.⁵²

Así, la concreción de este término dará lugar a una “relatividad de soluciones” la cual en este caso, a diferencia del rubro de la determinación convencional de la edad, se encuentra plenamente justificada, y es sencillamente necesaria. Una relatividad estatal de soluciones desde que cada sociedad, puede tener un concepto distinto de lo que al menor le interesa.⁵³ En este sentido, la doctrina ha mencionado que:

...el propio significado y contenido del concepto depende de múltiples otros parámetros: axiológicos, intelectuales, jurídicos y sociales, referidos al propio menor, pero también desde la perspectiva de quien deba apreciar su interés. Por un lado está la complejidad de la persona, y más la de un niño, en su dimensión humana, con su mundo de sentimientos, no menos importantes que el de lo racional; por otra parte, detrás de la idea del interés del menor hay toda una concepción de su papel en la familia y la sociedad, y de cómo entender y abordar la cuestión de su educación (en el sentido más lato: convertir al niño en adulto).⁵⁴

⁵¹ Rivero Hernández, F., *op cit*, p. 58.

⁵² Herranz Ballesteros, M., p. 53.

⁵³ Moya Escudero, M., *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴ Rivero Hernández, F., *op. cit*, p. 147.

Por lo anterior se afirma, con toda razón, que:

...para resolver los problemas y conflictos apuntados será obligado tomar en consideración, a la hora de atender y valorar el interés del menor, junto a circunstancias personales concretas de éste, los parámetros ideológicos y socio-jurídicos del momento, las condiciones y la sensibilidad del grupo social en que esté o deba estar inserto el menor, con ayuda de datos y criterios sociológicos, psicológicos, éticos y demás (metajurídicos todos ellos). Ese relativismo —todavía objetivo, para distinguirlo del subjetivo, dependiente de la personalidad de quien lo aprecie y determine *in concreto*— se multiplica si de la noción abstracta del interés del menor pretendemos pasar a expresarla en términos (jurídicos u otros) más concretos o descriptivos: entonces aparecen perspectivas y opiniones diversas, y consecuencias variables. Creo, en todo caso, que hay que intentar alguna precisión mayor.⁵⁵

Así las cosas, debemos señalar que a la relatividad y dificultad de dar una definición de este concepto en el contexto de los derechos internos se suma con especial intensidad la dificultad de hacerlo en el contexto de los instrumentos internacionales, donde debe alcanzarse un consenso a pesar de la concurrencia de importantes diferencias culturales que pudiera entorpecer este propósito. En este sentido, por ejemplo, se ha señalado que “las diferencias entre las concepciones occidentales y otras culturas (fundamentalmente de tradición islámica) sobre la familia y la sociedad conllevan inevitablemente que la misma noción de interés del menor cubra valores diferentes en unas y otras”.⁵⁶ Derivado de esta divergencia de opiniones y concepciones del menor y de su interés, derivadas del contexto social, cultural, religioso o incluso político, se pregunta legítimamente la doctrina “¿Cómo

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 152 y 153.

⁵⁶ “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”, García Cano, S., *Revista de la facultad de derecho de la Universidad de Granada*, España, 3era. época, núm. 7, 2004, p. 537.

vestir esta noción para decidir cuál es el interés final del niño sin hacer suposiciones que no tomen su fuente más que en el contexto moral de una cultura determinada?”.⁵⁷ Así afirmamos que la situación actual (calificada de ventajosa) de no contar con una definición convencional del término nace de las diferentes culturas jurídicas que existen, y las cuales, como bien señala la doctrina, “aun estando muy próximas, no coincidan en la persona a proteger o en el resultado a alcanzar, circunstancia que se reflejará en el menor número de ratificaciones de la norma convencional en cuestión”.⁵⁸

Al hilo de estas ideas señalamos que la presencia de este concepto jurídico indeterminado exige a todos y cada uno de los operadores jurídicos una mayor responsabilidad y esfuerzo en el diseño de los parámetros máximos y mínimos en los que debe moverse el diseño del interés superior del menor. Estos parámetros deben tener en cuenta, como criterio rector para elaborar normas que afecten a todos los ámbitos del menor, el desarrollo y ejercicio pleno de los derechos del menor. En este sentido, encontramos la siguiente jurisprudencia:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991); y 3o., 4o., 6o. y 7o. de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para

⁵⁷ Moya Escudero, M., *op. cit.*, p. 33.

⁵⁸ Herranz Ballesteros, M., *op. cit.*, pp. 155 y 156.

la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.⁵⁹

Así, consideramos que un buen punto de partida es promover la autonomía de los menores, darles las herramientas necesarias para incentivar su independencia y crecimiento.

Por lo que respecta a la segunda característica, la movilidad, señalamos que este concepto debe “ir ceñido en el mismo menor a su evolución personal y cambios vitales con el paso del tiempo u otros avatares que afectan a su “circunstancia”.⁶⁰ Así, las nuevas necesidades que surjan alrededor de los menores, motivadas principalmente por los cambios sociales, son las que irán marcando los parámetros en los que ha de moverse este concepto. Sin duda estamos ante un concepto que se va transformando de conformidad con “el tiempo y en el espacio en el que se analiza”.⁶¹

Así, consideramos necesario realizar una labor de concreción para tener claros cuáles son los rangos mínimos del interés superior del menor de cara a concretar unas adecuadas medidas tuitivas. Para entender lo anterior debemos partir de admitir que la falta de definición justificada por la necesidad de aceptar el innato dinamismo de este concepto evita encapsularlo en una concreta realidad social, cultural, política y jurídica que pueda ser superada rápidamente, no respondiendo a las necesidades de reciente aparición relacionadas con los menores. Así, cualquier situación no prevista o superada por la definición dejaría de ser solucionada. Quizás la ausencia de definición y delimitación del interés superior del menor pueda deberse a la mezcla de elemen-

⁵⁹ Clave: 1a., Núm.: CXLI/2007. Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007.

⁶⁰ Rivero Hernández, F., *op. cit.* p. 70.

⁶¹ Herranz Ballesteros, M., *op. cit.*, p. 52. A este concepto genérico de relativismo añade uno más preciso, el “relativismo espacial” y en este sentido afirma que “el relativismo espacial que preside el contenido de esta noción es fruto de su integración en distintas culturas, que no tienen que estar alejadas geográficamente, sino sencillamente no son partícipes de los mismos elementos e instituciones jurídicas protectoras”, p. 53.

tos jurídicos y metajurídicos que deberían entremezclarse en su configuración y que resulta difícil definir de antemano. En este sentido señala la doctrina que

...si toda vivencia humana, entre las que está la jurídica, incorpora en muy alta proporción elementos no racionales (metajurídicos, en general), y cualquier acontecer o decisión de toda persona tiene elementos de esta clase, ello es mucho más evidente en el ámbito del derecho de la persona y de familia, en el que las vivencias tienen una fuerte carga prejurídica y de sentimiento (muy variado, por cierto) antes de convertirse en actuación jurídica, para la que se exige sólo consentimiento y voluntad no viciados. En el interés del menor, en su acepción más trascendente —entendido en su propia entidad, y en cuanto criterio instrumental para resolver otros problemas—, incluso desde una estricta óptica jurídica, hay también importantes componentes no racionales (pre-juicios, sentimientos, sobre todo) que el derecho, en general, no suele tomar en consideración... y que sin embargo, aquí, en lo que se afecta al interés del menor, son fundamentales, e imprescindibles tomarlos en consideración si se pretende que el Derecho auténtico, la solución jurídica al problema individual o al conflicto social, tenga un mínimo de humanidad y de justicia.⁶²

Así afirmamos que estamos ante un término que, por su volatilidad, no se ha conseguido definir ni en la doctrina ni en la norma; una ausencia conceptual que alabamos en todo punto.

Así las cosas, resta afirmar que si bien esta ausencia conlleva ciertas debilidades marcadas por las incertidumbres y los amplios márgenes de actuación judicial que pueden derivar en una relación de prueba-error, no cabe desconocer que también tienen aparejadas serias fortalezas que se traducen en su adaptación personalizada a las necesidades que puedan aparecer en la vida de un menor.⁶³

⁶² Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 20.

⁶³ La ausencia de definición no ha pasado desapercibida por la doctrina “Mucho se ha discutido al tiempo de elaborar la Convención de los Derechos del Niño sobre la conveniencia o no de arribar al concepto de interés superior

En esta disyuntiva sostenemos que desde un punto de vista cualitativo estimamos que las ventajas superan a las desventajas en esta ausencia de conceptualización teórica. Ventajas que son más destacadas si contamos, en contrapartida, con elementos y parámetros mínimos que ayuden a delimitar este concepto jurídico. En este orden de ideas consideramos que la falta de definición hace que los operadores jurídicos agudicen su imaginación y busquen una protección integral de los menores de forma casuística,⁶⁴ siempre con la vista puesta “en una permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares”.⁶⁵ Ahora bien, ante este concepto jurídico indeterminado hay quien ha señalado que:

...el interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que

del menor”, Etel Rapallini, L., “Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Argentina, año XLIV, núm. 65, 2004, p. 101; García Cano, S., *op. cit.*, p. 535 quien señala que “El interés del menor, en cuanto concepto jurídico indeterminado, se revela *a priori* como una noción intrínsecamente amplia, genérica, vaga, movедiza e indefinible”; Pérez Vera en el Informe explicativo relativo al Convenio de sustracción de menores señala que “a este respecto, se ha puesto de manifiesto con razón que la norma jurídica que descansa sobre «el interés superior del menor» es, a primera vista, de tal imprecisión que parece más un paradigma social que una norma jurídica concreta”, <http://hch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf> párrafos 20, 21, 23 y 24.

⁶⁴ De esta opinión encontramos a Martínez Gallego, E. M., quien señala que: “no se nos escapa lo abstracto que en ocasiones es dicho concepto, y la necesidad de adaptar el mismo al caso concreto”, “La Ley 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en España”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 242-245.

⁶⁵ Como señala la doctrina “No es posible dar una definición acabada de protección integral de los derechos de los niños. Sin embargo, sí es posible afirmar que en América Latina, cuando hoy se habla de protección integral se habla de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes... Se advierte entonces que protección integral como protección de derechos es una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares”, Bellof, M., “Protección integral de derechos del niño *vs* derechos en situación irregular”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 109 y 110.

decidir cuál es el interés superior del niño o niña involucrado —ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo, sea el cuerpo técnico de psicólogos, etcétera— obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales.⁶⁶

Aminorando este margen de actuación discrecional, en el contexto de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Costa Rica señala que “*el interés del niño*, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños”.

Hemos encontrado doctrina que ha minimizado la trascendencia del asunto y en este sentido señalan que

...la expresión se define por sí sola, hasta el ciudadano común la ha comprendido. Su espíritu engloba todas aquellas instituciones que bajo cualquier forma tiendan a proteger al niño con independencia de cuál sea su situación personal o familiar. Concepto híbrido en el que confluye el “interés difuso” con las “libertades públicas” pues ambas categorías tiene como núcleo a la persona humana y a la proyección de su personalidad.⁶⁷

Ante esta variedad de posturas debemos señalar que coincidimos con otro sector de la doctrina, el cual ha visto que

...el concepto del interés del menor estriba, en fin, en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en protección de futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal.⁶⁸

⁶⁶ *Ibidem*, p. 93.

⁶⁷ Etel Rapallini, L., *op. cit.*, p. 101.

⁶⁸ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 92.

Ahora bien, no cabe desconocer la desventaja que reporta esta ausencia conceptual y en este sentido la doctrina alude al riesgo de un “oscurantismo nacionalista”⁶⁹ esto es, de una posible manipulación errónea por parte de los operadores jurídicos; una eventual variación que puede reportar una importante carga de los valores y principios nacionalistas que desvirtúa en todo punto lo que debemos entender por interés superior del menor.

En este orden de ideas observamos que si bien se reporta una ventaja en la ausencia conceptual, no podemos por ello desconocer aislados intentos y esfuerzos por definir el concepto de interés superior del menor; en este sentido destacamos el proyecto del Código del Niño y del Adolescente de Uruguay donde se señala que este concepto jurídico consiste en lograr alcanzar la plena capacidad física, psicológica y social del menor.⁷⁰ Ahora bien, más que un concepto podemos determinar que se trata de una delimitación de los parámetros mínimos en los que se debe mover este principio rector de la protección de los menores.

Resta señalar que entendemos que el concepto jurídico indeterminado que representa el interés superior del menor debe orientarse y delimitarse en función de los objetivos de política legislativa que se persigan en cada una de las figuras jurídicas que tratemos (alimentos, adopción, restitución, tráfico internacional de menores).⁷¹ Así, y como bien señala la doctrina “se tendrá que justipreciar dicho interés en concordancia con lo que resulta del

⁶⁹ García Cano, S., *op. cit.*, p. 538. Como bien señala la autora citada “Este oscurantismo nacionalista, desgraciadamente, continúa estando a la orden del día en los supuestos de ruptura de un matrimonio mixto, y en la decisión sobre los derechos de custodia y de visita de los hijos. En estos casos es una realidad constatada que la jurisprudencia suele inclinarse a favor del progenitor que ostenta la nacionalidad del foro, fundándose en el margen de apreciación que le atribuye la noción del interés del menor”.

⁷⁰ Díaz Sierra, M., “El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio rector del “interés superior del menor”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, núm. 15, 2000, p. 191.

⁷¹ Se ha señalado que “la interpretación del *interés del menor* en los Convenios en estudio se ha de hacer en base a una interpretación teleológica, esto es, tener en cuenta los objetivos y fines que la norma convencional persigue y en

objeto del proceso”.⁷² Por ello es que el interés superior del menor será un concepto variable en función del supuesto de hecho que se esté dilucidando en relación con el menor.

Por todo lo anterior y en un balance personal consideramos y reiteramos que lejos de criticar esta ausencia de definición, la alabamos, al dejar en manos de los distintos operadores jurídicos una labor de adecuación de este concepto de manera casuística.⁷³ Alabanza que descansa en último término en la confianza que depositamos en que los distintos operadores jurídicos delimiten y fijen dicho término de la manera más correcta. Por ello es que sumándonos a las afirmaciones de la doctrina:

...no hay más que concluir que el interés del menor no es un concepto abstracto, sino que posee nombre y apellidos, y una nacionalidad y un lugar de residencia, y unas circunstancias que moldean al menor. Cada caso exigirá una respuesta concreta, personalizada, en el que la autoridad competente ha de ser, con carácter general, la más cercana al menor, que será la que mejor preparada esté para conocer su situación, y cuya respuesta debe ser valorada, mesurada y justificada en las circunstancias que lo rodeen.⁷⁴

Señaladas sus dos principales notas características concluimos mencionando que el interés que se ha despertado en torno a

base a estos la autoridad encargada de aplicarlo deberá proceder a su concreción para solucionar el caso particular”, Herranz Ballesteros, M., *op. cit.*, p. 55.

⁷² Díaz Sierra, M., *op. cit.*, p. 192. esta autora señala que: “si lo que se está litigando es una legitimación adoptiva, se tendrá que establecer que ella es beneficiosa para el menor, teniendo presente las cualidades personales y morales de los padres adoptantes, la integración del menor a la familia, etc., si por el contrario lo discutido son las visitas, se deberá evaluar el beneficio de éstas o como pueden afectar las mismas al niño”.

⁷³ En este sentido se ha llegado a señalar que “la concreción de cuál sea el interés del menor debe ser realizada *in casu* tanto por el legislador en el momento de regular una situación concreta que afecte a los menores, como principalmente por las autoridades judiciales y administrativas que, en cada caso concreto, deban aplicar la norma de derecho interno o derecho convencional/institucional específica”, García Cano, S., *op. cit.*, p. 536.

⁷⁴ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 169.

este concepto, así como sus implicaciones sociales y jurídicas ha rebasado todas nuestras expectativas. Como señala la doctrina “el *interés del menor* —concepto y *Standard* de difícil definición—, es uno de los principios y valores emergentes del moderno Derecho de la persona y de familia, que inunda todo su régimen legal, irradia energía jurídica y alcanza otras partes de nuestro ordenamiento (procesal, penal, administrativo...)”.⁷⁵ Con esta “irradiación jurídica” no nos debe extrañar que todos los estudios que abordan de manera total o parcial al menor, en una o varias instituciones que le afectan, pasan necesariamente por el estudio de este concepto jurídico indeterminado.

Como puente para cerrar este rubro y dar inicio al que sigue creemos oportuno referirnos de manera introductoria a las directrices mínimas (que no máximas) que en esta labor de concreción deben presentarse para la conceptualización del interés superior del menor. Lo anterior con absoluta independencia de las específicas categorías jurídicas que se traten; estas directrices mínimas deben tener en su mira la dignidad inherente a la persona del menor que le permita desarrollarse plenamente. En este contexto nos apoya en esta afirmación la Opinión Consultiva OC-17/2002 que señala que

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la *dignidad misma del ser humano*, en las *características propias de los niños*, y en la *necesidad de propiciar el desarrollo* de éstos, con pleno *aprovechamiento de sus potencialidades* así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño... A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que éste requiere “*cuidados especiales*”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala

⁷⁵ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 28.

que debe recibir “*medidas especiales de protección*”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño.⁷⁶

Derivado de lo anterior es que afirmamos que a la hora de concretar el interés superior del menor debe tenerse como necesario referente la dignidad humana, la cual debe adaptarse a las características y necesidades propias de la infancia; debe partirse de una protección al menor que repercuta y potencie sus habilidades teniendo como referente sus necesidades y cuidados especiales derivados de su inmadurez, inexperiencia, ingenuidad y espontaneidad. Así en orden a delimitar los contornos de este concepto entendemos que no cabe desconocer que el interés superior del menor tiene una relación estrecha con los principios de igualdad y no discriminación entre menores en un mismo contexto familiar, así como con el principio de seguridad jurídica.

Nos resta señalar que para la delimitación del interés superior del menor y los parámetros necesarios que hay que tener en cuenta a la hora de concretarlo es preciso que el menor sea escuchado; ahora bien, su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada dependiendo de su grado de madurez. En este sentido la jurisprudencia mexicana ha sido constante y así queremos destacar:

MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

⁷⁶ Véase www.iin.oea.org. Revisada el 11 de septiembre de 2008. Las cursivas son añadidas.

De la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 157 y 345 del código sustantivo civil para el Estado de Veracruz, 225 y 226 del ordenamiento procesal respectivo, debe entenderse que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código sustantivo civil, sólo refiera a los asuntos de divorcio, pues en el caso opera el principio jurídico de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.⁷⁷

MENORES, TESTIMONIO DE LOS, EN LOS JUICIOS DE CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR. SU RECEPCIÓN Y DESAHOGO NO ESTÁN SUJETOS A LAS FORMALIDADES QUE RIGEN LA PRUEBA TESTIMONIAL, PORQUE SE TRATA DE UN ELEMENTO DE CONVICTIÓN QUE DEBE SER APRECIADO LIBREMENTE PARA DECIDIR CON BASE EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. En los juicios de controversia del orden familiar en los que interviene un niño o niña no es prudente someterlo a responder un interrogatorio de prueba testimonial con las formalidades estrictas que dicha prueba requiere, pues precisamente por su corta edad, no está en condiciones de expresar sus conocimientos en relación con las cues-

⁷⁷ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO, clave: VII.2o.C., núm.: J/15. Amparo directo 1020/ 2002. 26 de septiembre de 2002.

tiones debatidas, atendiendo al principio contenido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten; de manera que es necesario que su opinión sea escuchada libremente a fin de que el juzgador tenga bases para determinar si la convivencia del niño o niña con determinada persona puede lesionar su interés superior; de ahí que será el prudente arbitrio del director del proceso el que sirva de guía para establecer el mecanismo del interrogatorio y su contenido, para lograr que se cumpla cabalmente y de modo objetivo con la tutela especial del infante y el compromiso de dirimir la contienda relativa bajo el principio rector del interés superior del niño, pues las partes deben sujetar sus propios derechos procesales a la observancia de este alto principio, máxime que éste cobra mayor relevancia en el sentido de que no sería deseable someter al infante a una estructura formal o rígida de un interrogatorio que pudiera ocasionarle perturbación.⁷⁸

RÉGIMEN DE CONVIVENCIAS. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL INFANTE, AL EJERCER SU DERECHO DE SER ESCUCHADO, MANIFIESTE INCONFORMIDAD A LA MODIFICACIÓN DE ÉSTAS, ELLO NO PUEDE SER DETERMINANTE PARA RESOLVER SU PROCEDENCIA, PUES DEBE ATENDERSE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ASÍ COMO A LOS HECHOS POR LOS CUALES SE SOLICITA DICHA VARIACIÓN.

Conforme al artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, los que ejercen la patria potestad, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, con sus excepciones correspondientes, y tiene por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor, lo cual es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado, y no podrá impedirse sin justa causa, pero en caso de oposición de uno de los padres

⁷⁸ TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO, clave: II.3o.C. , núm.: 55 C Amparo directo 765/2002, 4 de febrero de 2003.

a esas convivencias, la autoridad jurisdiccional determinará lo que más convenga al interés preponderante del menor. Bajo ese contexto, si en un juicio se solicita la modificación al régimen de convivencias y el infante dada la edad con la que cuenta, manifiesta inconformidad con los términos en que éstas se proponen, ello no puede ser determinante para que la autoridad resuelva conforme a lo manifestado por el menor; pues aun cuando se les debe escuchar, sus opiniones se deben ponderar en observancia al interés superior del menor, que no es otra cosa más que el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible; así como a las circunstancias por las cuales se solicita debiendo analizarse todas y cada una de las constancias agregadas al asunto. Lo anterior es así, porque el derecho del menor a convivir con sus progenitores, se encamina a la conservación de un entorno saludable y favorable para su pleno desarrollo personal y emocional, y por tanto es necesario que exista el contacto afectivo para lograrlo y a su vez a los padres les permite estar al corriente de su vida y educación y sobre todo de participar activamente en la toma de las decisiones inherentes a su mejor desarrollo integral, que se traduce en el derecho que tienen los niños y las niñas para la satisfacción de sus necesidades.⁷⁹

MENORES DE EDAD. SU OPINIÓN, AUNQUE NECESARIA, NO ES PREPONDERANTE PARA DECIDIR SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). La interpretación sistemática de los artículos 133 y 157 del Código Civil del Estado permite establecer que en la sentencia de divorcio se fijará en definitiva la situación respecto a la patria potestad y la custodia de los hijos; asimismo, que el Juez durante el procedimiento, de oficio o a petición de parte, se allegará los medios necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, a fin de justificar la

⁷⁹ DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, clave: I.11o.C., núm.: 203 C., amparo en revisión 6/2009, 9 de febrero de 2009.

necesidad de la medida y, en todo caso, con el propósito de proteger el derecho a la convivencia con los padres procurando, hasta donde lo estime oportuno, respetar la elección de los propios hijos expresada libremente, salvo que exista peligro para el menor. Sin embargo, aun cuando la voluntad del hijo debe ser tomada en cuenta, esa sola exteriorización no puede ser determinante para que el juzgador decida su situación, pues debe analizar cuidadosamente las circunstancias particulares del caso concreto a través de todos los medios probatorios que obren en autos, para sustentar el delicado asunto de decidir sobre su guarda y custodia, que implica esencialmente su vigilancia, protección y cuidado, como medios para educarlos física y espiritualmente a efecto de procurarles un óptimo desarrollo integral, cuestión que debe responder a un interés superior al individual y a la voluntad de las partes con la finalidad de alcanzar el objetivo para el cual fue creada esa figura y no hacerlo sólo conforme a los deseos de una de las partes. Así, sólo tendría especial preponderancia la voluntad del menor cuando (no obstante la propuesta de circunstancias privilegiadas) se niega a irse con quien le hace el ofrecimiento, porque es ante esta eventualidad cuando sí resulta fundamental e indispensable respetar esa manifestación y conocer los motivos que justifiquen su negativa; de lo contrario, so pretexto de mejores condiciones, se estaría obligando al menor —contra su voluntad— a una situación no deseada; fuera de ello, no basta que el menor decida irse con uno de los padres y que éste goce de una situación económica más holgada para estimar, por ese solo hecho, que sea adecuado otorgarle la guarda y custodia, sino que es indispensable analizar el entorno en el cual se encuentra y en el que, en su caso, se desenvolvería junto con el progenitor que elija, para tomar la decisión que le sea más favorable.⁸⁰

⁸⁰ Tesis VII.3o.C.31 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1405. Amparo directo 348/2002. Rosario Yamel Galindo Cota, por sí y en representación de su menor hijo Carlos Rodrigo Gutiérrez Galindo, 4 de julio de 2002.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA OPINIÓN CONSULTIVA 17/2002 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, SOBRE CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO⁸¹

1. *Introducción*

Una de las primeras cuestiones que debe abordarse a la hora de analizar el contenido de la Opinión Consultiva 17/2002 es el valor que ésta reviste a nivel moral, político y jurídico. La discusión está servida y en este caso, en coincidencia con García Ramírez, bien se considere que posee una eficacia vinculante general o bien alcance nada más para los Estados que la solicitan “lo cierto es que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana han formado leyes y prácticas, así como tendencias jurisdiccionales internas. Durante muchos años constituyeron la principal expresión del quehacer de la Corte en la formación de una jurisprudencia continental sobre derechos humanos”.⁸² Partiendo de esta afirmación y con independencia del peso que se le otorgue, lo cierto es que representa “el precedente más importante y específico sobre las obligaciones internacionales de los Estados en materia penal juvenil”.⁸³

Ahora bien, si es cierto que seguimos estas afirmaciones no cabe desconocer que, como bien lo manifiesta Sergio García Ramírez:

...la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de menores, niños o adolescentes que infringen la ley penal

⁸¹ Esta opinión consultiva puede consultarse en www.iin.oea.org. Consultada el 18 de abril de 2008.

⁸² García Ramírez, S., *op. cit.*, pp. 57 y 58.

⁸³ González Espinoza, O., “Obligaciones internacionales de los Estados respecto de los niños y niñas a la luz del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, p. 196.

—menores infractores, a fin de cuentas— no se deposita solamente en la *Opinión Consultiva OC -17/02* que es, desde luego, el documento en que se explaya con mayor detalle y deliberación. Figura también en sentencias correspondientes a diversos litigios relevantes... a) caso Villagrán Morales o “Niños de la Calle” (Guatemala); b) caso Bulacio (Argentina) y c) Caso Instituto de Reeducción del menor (Paraguay).⁸⁴

La justificación en la emisión de esta opinión consultiva radica en el carácter especialmente vulnerable de los menores y por ende en la necesidad de tener en cuenta y materializar medidas especiales de protección, lo cual ha derivado en un importante número de instrumentos convencionales y resoluciones de carácter tanto interno como internacional; en este contexto es donde debemos situar el hecho de que la Comisión Interamericana solicitara a la Corte una opinión de alto nivel jurídico, moral, político y social que tuviera en cuenta la situación de los menores y las prácticas que están llevando en la actualidad los Estados de la región. Una opinión que si bien no es el único referente al tratar el interés superior del menor sí es una referencia obligada y necesaria para entender, explicar y aplicar de manera más adecuada este concepto para reducir a su mínima expresión el margen de arbitrariedad judicial en su aplicación e interpretación.

Por lo que hace a esta opinión, la polémica se centraba en la disyuntiva planteada entre las corrientes llamadas tutelares y las garantistas y en este sentido, fue propuesto por García Ramírez que:

...partiendo de un análisis histórico acerca de la evolución de las formas que ha asumido la relación entre los niños y el Estado, y los niveles de injerencia de éste respecto de aquéllos y la autoridad parental, sugiere que esa dialéctica tutelar-garantista es más bien falsa en atención a los fines que ambas doctrinas plantean y

⁸⁴ García Ramírez, S., *op. cit.*, pp. 67 y 68. casos que pueden igualmente consultarse en González Espinosa, O., *cit.*, pp. 214-233.

al hecho de que actualmente se reconoce al niño como sujeto de derechos.⁸⁵

2. *Presentación de la consulta*

El 30 de marzo de 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en función del artículo 6.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) somete a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana.

Como se sabe, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un tribunal autónomo que cuenta, entre sus diversas funciones, con la misión de interpretar y aplicar la Convención Americana.⁸⁶ La discusión se centra en determinar si el contenido de las medidas establecidas en el artículo 19 de la Convención Americana constituye límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados.

El antecedente de esta consulta se centra en que:

...en distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocido en los artículos 8o. y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la

⁸⁵ González Espinoza, O., *op. cit.*, p.199.

⁸⁶ Como bien nos señala García Ramírez “posee diversas atribuciones principales: competencia consultiva y competencia contenciosa. Acaso se podría añadir otra pareja: competencia preventiva (en lo que respecta a medidas provisionales que dispone la Corte, a petición de la Comisión Interamericana, sin que el caso se halle a conocimiento contencioso) y competencia ejecutiva (facultad supervisora del cumplimiento de las resoluciones judiciales del Tribunal interamericano)”, García Ramírez, S., *op. cit.*, p. 56.

efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.⁸⁷

De conformidad con la Comisión existen ciertas “premisas interpretativas” que aplican autoridades estatales al dictar medidas especiales de protección en favor de los menores y que debilitan sus garantías judiciales. Entre ellas destacan: *a*) que los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos, por lo que su participación (por sí o por tercera persona) se reduce e incluso anula en el campo civil y penal; *b*) que las carencias mencionadas, al ser presumidas por el funcionario en cuestión, merman sus garantías; *c*) que su entorno familiar es un factor fundamental a la hora de determinar el tratamiento que debe recibir el menor o adolescente que es puesto ante una jurisdicción penal o administrativa para determinar su responsabilidad ante una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan a los derechos de familia, de residencia o de libertad; *d*) la situación de abandono, deserción educativa, falta de recursos familiares o cualquier otra situación irregular pueden ayudar a justificar la toma de ciertas medidas calificadas como sanción para figuras delictivas y que son aplicables bajo un debido proceso. En resumen se trata de dar lógica respuesta a la compatibilidad existente entre los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana y las medidas que toman algunos Estados. De manera concreta, se trata de intentar conectar los derechos del niño con los derechos y garantías de un debido proceso, dentro del concepto más genérico que representa la tutela judicial efectiva. En este sentido García Ramírez señala que se trata de “cuestiones de tutela judicial y debido proceso desde la perspectiva de la protección especial de sujetos pertenecientes a una categoría específica: menores de edad”.⁸⁸

Los puntos concretos que se abordaron en esta relevante Opinión se enlistan a continuación. Los actores que intervinieron

⁸⁷ www.iin.oea.org. Consultada el 18 de abril de 2008.

⁸⁸ García Ramírez, S., *op. cit.*, p. 58.

son el Instituto Interamericano del Niño, Costa Rica, México, Instituto Universitario de Derechos Humanos y otras organizaciones en la materia A. C. de México, la Fundación Rafael Preciado Hernández A. C. de México, el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de Naciones Unidas (ILANUD):

a) “la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento”.⁸⁹ A esta medida se determinó a rasgos generales por parte de todos los actores enunciados: 1) que la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para ordenar la separación de la familia, debiendo impugnarse dichas medidas y considerarse inválidas; 2) que la separación del menor de su familia violaba los artículos 19, 8o. y 25 de la Convención Americana, así como los artículos 9o., 12.2 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Respecto a los artículos 8o. y 25 se puntualiza que deben ser considerados como límites al arbitrio y discreción de los Estados; 3) establece la necesidad de distinguir entre la separación del menor de su familia por ausencia de medios para su educación y para su mantenimiento; 4.) que el Estado únicamente puede adoptar estas medidas cuando exista un alto riesgo de violencia, maltrato, abuso y explotación sexual; 5) que la familia y el Estado son responsables solidarios a la hora de garantizar las condiciones mínimas de subsistencia para los menores. Lo anterior debe vincularse con la necesidad de reconsiderar las legislaciones. Por último, y relacionado con este primer punto, la doctrina ha señalado que

...el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias

⁸⁹ De conformidad con el artículo 9o. de la Convención sobre los Derechos del Niño “la separación del niño de sus padres debe ser excepcional, limitarse a los casos de maltrato o descuido, y adoptarse para proteger el interés superior del niño”.

arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño.⁹⁰

b) “La supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor”. A esta segunda media, los actores que intervienen señalan lo siguiente: 1) que la privación de libertad para aquellos jóvenes que se encuentran en situación de riesgo social supone aplicar una sanción no tipificada que vulnera el principio de legalidad penal y de debido proceso; en concreto supondría una violación a los artículos 5o. (derecho a la integridad personal), 7o. (derecho a la libertad personal), 8o., 19 y 25 de la Convención Americana, así como de los artículos 25, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los principios *pro libertatits* y el principio *pro homine*, de igualdad y no discriminación; 2) es obligación de los Estados instrumentar programas de protección social para los menores que se contextualizan en estas situaciones de riesgo, teniendo en cuenta que su internamiento en establecimientos de guarda debe tener un carácter provisional, que la privación de su libertad debe regirse por el principio de excepcionalidad, entendiéndose como último recurso, debiendo gozar el menor, como mínimo, de las mismas garantías y condiciones que los adultos a la hora de ser detenido, ello sin obviar que la niñez requiere de derechos adicionales y de un cuidado especial; 3) se distingue entre situación de riesgo e ilegalidad, descartándose la posibilidad de convertirlos en sinónimos. Por último, relacionado con este segundo punto la doctrina ha señalado, asimismo, que:

...los niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o en-

⁹⁰ González Espinosa, O., *op. cit.*, pp. 204 y 205.

cauzar adecuadamente su propia vida, por carencia de un medio familiar favorable, insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o desviaciones de comportamiento, no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al “dominio” de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.⁹¹

c) “la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías”. Los actores que intervienen en este punto expresan: 1) que las confesiones obtenidas de los menores sin haber seguido un procedimiento de detención adecuado o sin la presencia de un representante del menor debe ser declarada nula sin valor probatorio; 2) lo anterior vulnera los artículos 5.5 (principio de especialidad de la justicia de menores), 19, 8.2 inciso g) y 8.3 de la Convención Americana, además de la garantía señalada en el artículo 40, inciso 2. b) así como el debido proceso; 3. siempre debe tenerse presente, en todo proceso judicial desarrollado en contra de un menor, la presunción de su inocencia, presencia de representante del menor y derecho a ofrecer pruebas.

d) “la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor”. Al respecto los interlocutores exponen: 1) se vulneran garantías fundamentales como los principios de culpabilidad, legalidad y humanidad, así como garantías procesales; 2) se vulneran los artículos 8o., 19 y 25 del Pacto de San

⁹¹ *Ibidem*, pp. 208 y 209.

José, así como los artículos 12, inciso 2 y 40, inciso 2, párrafo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3) se establece la necesidad de distinguir entre los procedimientos administrativos para la atención de niños infractores y otros procedimientos relativos a conductas no tipificadas en las leyes penales.

e) “la determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación”. Se determina: 1) que el derecho a ser oído constituye una garantía fundamental para todo procedimiento administrativo judicial; 2) debe distinguirse entre la posibilidad de que el niño exprese su opinión libremente, por sí mismo o por medio de un representante, del derecho considerado en conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

3. *Procedimiento ante la Corte*

Pensamos que es pertinente mencionar brevemente el procedimiento ante la Corte. Así, es necesario señalar que la Corte hizo especial hincapié en mencionar el derecho a un juez natural, a una doble instancia, a un recurso efectivo, al principio de inocencia y al principio de publicidad; principios que deben rodear necesariamente la concreción, materialización y aterrizaje del concepto del interés superior del menor. De esta forma no podemos concebir el interés superior del menor si en un proceso no se tiene debido respeto a estos principios.

Sin lugar a dudas la suma y presencia de estos principios aunado a las afirmaciones que se vierten por los distintos participantes en la conformación de esta importante opinión consultiva, dibujan y delimitan los parámetros mínimos en los que debe moverse la conformación del interés superior del menor, al reducir las arbitrariedades y posibles desconocimientos judiciales.

En el procedimiento, cabe mencionar que cada uno de los interlocutores que intervinieron ante la Corte, expusieron, de

manera puntual, sus propias observaciones, sin encontrar puntos convergentes que justifiquen una sistematización de ideas, tal y como se realizó en el rubro anterior. Por ello, con el objeto de que el lector tenga una mayor idea de las alegaciones vertidas por cada uno de ellos, estimamos necesario individualizarlos.

De esta manera, tenemos que el Instituto Interamericano del Niño, en sus observaciones escritas presentadas el 7 de agosto de 2001, expresó:

...la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano y, por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños (artículos 3o. y 1.2 de la Convención Americana). En este sentido, no se debe confundir la capacidad de goce de derechos, inherente a la persona humana y que constituye una regla de *ius cogens*, con la incapacidad, relativa o absoluta, que tienen los niños menores de 18 años de ejercer determinados derechos por sí mismos.

Señaló que:

...los artículos 8o., 19 y 25 de la Convención Americana deben constituir un límite a la facultad discrecional de los Estados para dictar medidas especiales de protección a los niños. En consecuencia, aquéllos deben “adecuar sus legislaciones y sus prácticas nacionales en consonancia a estos principios”.

Por parte de Costa Rica sus intervenciones escritas y orales se centraron en determinar que:

...las garantías de los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 del mismo instrumento deben interpretarse en dos sentidos: uno negativo, en razón de que dichas disposiciones sí constituyen límites al arbitrio de los Estados, pues éstos no pueden legislar en detrimento de esas garantías básicas; y otro positivo, que implica permitir su adecuado ejercicio, tomando en cuenta que los artículos mencionados no

impiden adoptar disposiciones específicas en materia de niñez que amplíen las garantías ahí contempladas. Las garantías de los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana deben aplicarse a la luz de la especialidad que el propio acto de San José ha reconocido a la materia de infancia y adolescencia, en el sentido de “proteger reforzadamente los derechos de niños”, tal como sucede con otras situaciones especiales como son las consagradas en sus artículos 5.5 y 27 de la Convención. [...]. La aplicación de dichos artículos debe considerar los principios de interés superior de los niños, protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, y formación integral y reinserción en la familia y la sociedad, así como la precisión acerca de la manera y condiciones en que los niños pueden acceder a esos recursos judiciales tomando en cuenta que su capacidad de actuar no es plena, “sino que está vinculada al ejercicio de la autoridad parental, y determinada por su grado de madurez emocional y capacidad de discernimiento”.

Termina señalando que “los menores de edad por su condición pueden y deben gozar de mayores y especiales garantías a las establecidas para los adultos, pero en ningún caso de menores garantías o de debilitamiento de ellas con el pretexto de una protección mal entendida”.

Por su parte México señaló en sus comunicaciones escritas y orales que “los niños no deben ser considerados objetos de protección segregativa”, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral, y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de “un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo”. No sólo se deben proteger sus derechos, sino también es necesario adoptar medidas especiales de protección, conforme al artículo 19 de la Convención Americana y un conjunto de instrumentos internacionales en materia de niñez. Concluye que:

...el niño es sujeto de derechos, incluso antes de su nacimiento, sin perjuicio de que la capacidad de ejercicio se adquiriera hasta

la mayoría de edad, es decir, “sea un menor trabajador, sea un menor estudiante, sea un menor discapacitado, sea un menor infractor, tiene el derecho a la tutela, por su condición especial de menor de edad”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus intervenciones escritas y orales señaló que:

...en la aplicación de medidas de privación de libertad de un niño, es preciso considerar dos principios: a) la privación de libertad constituye la *ultima ratio* y por ello es necesario preferir medidas de otra naturaleza, sin recurrir al sistema judicial, siempre que ello resulte adecuado; y b) es preciso considerar siempre el interés superior del niño lo cual implica reconocer que éste es sujeto de derechos. [...]. Los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana, en concordancia con el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, recogen garantías que deben observarse en cualquier proceso en el que se determinen derechos de un niño.

Estas garantías las enumeramos en las siguientes: juez natural, presunción de inocencia, derecho de defensa, doble instancia, *non bis in idem* y publicidad.

El Instituto Universitario de Derechos Humanos y otras Organizaciones en la Materia, A. C. de México en sus intervenciones escritas y orales señalaron que:

...los principios de no discriminación, interés superior del niño e igualdad son primordiales en todas las actividades que conciernen a los niños y en la correspondiente legislación. Es preciso tener en cuenta la opinión de los niños en los asuntos que les conciernen. Los sistemas legales deben establecer jurisdicciones de niños que privilegien la prevención, así como fomentar su rehabilitación y reinserción social, evitando en lo posible la penalización y la privación de la libertad. En la audiencia agregó que deben considerarse los diversos ámbitos de prevención: primaria, en la familia, secundaria, en la sociedad, y terciaria cuando el Estado deba intervenir en la adopción de alguna medida.

La Federación Coordinada de ONG's que Trabajan con la Niñez y la Adolescencia, Codeni, de Nicaragua señaló en su escrito que “hay principios que están relacionados con el debido proceso, como los de culpabilidad, humanidad, jurisdiccionalidad, contradicción e inviolabilidad de la defensa, que deben ser aplicados a la niñez”.

La Fundación Rafael Preciado Hernández A. C. de México en sus presentaciones escritas y orales señaló que:

...las cuestiones de naturaleza jurisdiccional relativas a los derechos de niñas, niños y adolescentes, sean de derecho penal, civil o de familia, a la luz de la Convención, deben ser realizadas por jueces con capacidad plena y específica para dirimir conflictos de naturaleza jurídica, con las características de técnica, imparcialidad e independencia inherentes a su cargo y limitados por las garantías individuales.

Para esta Fundación los principios que deben regir y estar presentes en todo proceso son el de jurisdiccionalidad, inviolabilidad de la defensa, legalidad del procedimiento, contradicción, impugnación y publicidad.

El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional en su escrito y exposición oral señaló que “en la región, millones de niños viven en condiciones de pobreza y marginación, siendo «víctimas de un inmenso e imperdonable olvido» y «productos de grandes fallas estructurales», relacionadas con políticas nacionales e internacionales”. Este Centro destaca las siguientes problemáticas relacionadas con los menores: *a)* la niñez en situación de conflictos armados; *b)* refugio y nacionalidad; *c)* casos de peligro a la vida y la salud; *d)* casos de niños y adolescentes especialmente vulnerables; *e)* casos de guarda o tutela (adopción) y *f)* niños y adolescentes que no pueden acceder a la educación. De conformidad con este Centro “los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana tienen el propósito de «garantizar la tutela efectiva de los derechos, rodeando a la misma de los resguardos procesales y sustantivos indispensables» para la realización de los derechos de

los niños”. En el contexto de estas afirmaciones destaca principalmente tres principios: *a*) principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), *b*) principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y *c*) principio de humanidad. Igualmente señala aquellas garantías que deben respetarse en cualquier situación judicial donde se busque decidir una controversia sobre un derecho de forma equitativa. Y en este contexto enumera: *a*) el principio de jurisdiccionalidad; *b*) principio del contradictorio; *c*) principio de la inviolabilidad de la defensa; *d*) principio de publicidad del proceso y *e*) principio de impugnación o revisión. Como conclusión a sus exposiciones señala que

...durante la última década se configuró un nuevo escenario doctrinal basado en el derecho internacional de los derechos humanos, denominado “doctrina de la protección integral”, el cual encontró su fundamento en el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derecho, lo cual ha permitido dejar atrás la “teoría de la situación irregular.

Por último, la Comisión Colombiana de Juristas expone como conclusiones en su escrito que:

1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos debe interpretarse de manera tal que se reafirme la obligación del Estado de proteger a los infantes y de garantizarles sus derechos; 2. la garantía de las condiciones necesarias para la subsistencia de los infantes es la mejor manera de prevenir la delincuencia infantil y juvenil; 3. Los niños infractores deben someterse a un tratamiento acorde con las respectivas garantías, que busque primordialmente la educación de los mismos y que se sustraiga completamente del derecho penal. Evitándose al máximo la privación de la libertad buscando que esta medida sea sólo la última instancia a la que se tenga que recurrir; 4. Los sistemas de atención a niños deben incluir programas de educación a padres y maestros, a su vez aquellos que manejen los programas de asistencia a niños deben ser personas capacitadas en el área de derechos humanos de la infancia; y 5. Los Estados deben comprometerse a prevenir al

máximo la violación de los derechos de los niños, y a investigar y sancionar a los infractores de los mismos, así como, a restablecer los derechos vulnerados.

4. *La opinión*

Merece la pena iniciar transcribiendo textualmente la opinión emitida por Sergio García Ramírez, por lo atinado y cercano de sus comentarios, que a la letra expresa:

...no sobra recordar que las solicitudes de opinión o consultas —de ahí la designación, que algunos analistas cuestionan: opiniones consultivas— culminan en la emisión de un parecer de la Corte en torno a la interpretación de un tratado internacional de derechos humanos (o que contiene previsiones a propósito de éstos, aunque su materia principal sea diferente), aplicable a países de América, o acerca de la compatibilidad de una ley (o proyecto de ley) nacional con los instrumentos internacionales de esa materia.⁹²

Los puntos que alcanza esta opinión se pueden enumerar en los siguientes:

1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del derecho Internacional de los derechos humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.

2. Que la expresión “interés superior del menor”, consagrada en el artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide

⁹² García Ramírez, S., *op. cit.*, p. 57.

la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.

5. Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

6. Que en la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.

7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en

su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural —competente, independiente e imparcial—, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, en otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternos.

IV. ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción es un acto jurídico que crea entre adoptante(s) y adoptado(s) un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas.⁹³ Tenemos, entonces, que la adopción tiene como fin incorporar al *adoptado* a una familia de manera plena, en la situación de hijo “biológico” y lograr de esa manera la formación y educación integral del adoptado.

⁹³ “Legítimas” que no “biológicas” según se desprende de las últimas tendencias a la hora de ubicar la finalidad de la adopción, así, se expresa que la adopción, en contra de las teorías más convencionales, más tradicionales “no es ni debe verse como una imitación de la naturaleza. Se trata de una institución que tiene características peculiares y que tiende a crear un vínculo que no se apoya en el nexo biológico sino en la convicción de que el amor filial no se limita a aquél —para no dejar sin contemplar la adopción por solteros, por ejemplo—” (el agregado entre guiones es nuestro). Stilerman, Marta N., Sepliarsky, Silvia E., *Adopción. Integración familiar*, Argentina, Edit. Universidad, 1999, p. 25. “La adopción es una de las instituciones más viejas del derecho que ha variado a lo largo de los años: comenzó con la vieja institución del derecho romano... que amparaba el interés de los adoptantes... atravesó por una etapa contractualista en el derecho español y en el derecho inglés, tuvo un cambio fundamental en la legislación francesa de 1939 recogiendo lo que se dio en llamar legitimación adoptiva...”, *ibidem*, p. 26. Y podríamos decir que culmina en un principio rector en el cual hay un acuerdo unánime, cuando hablamos de la protección del menor y es que la adopción se haga en su interés superior. Concretamente, y tal como ya hemos adelanto en páginas anteriores, el artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 ha consagrado universalmente el principio del interés superior del menor, aunque no ha concretado qué debe entenderse por tal al decir: “...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés del menor”. Mientras que, por ejemplo, en el artículo 21 de la misma Convención, en el que se hace referencia a la adopción se especifica que en ella el interés del menor será *la* consideración primordial. Ello parece indicar que se hace una distinción entre el interés del menor en el derecho de familia en donde su consideración será “la” más relevante y en el resto de relaciones en las que esté implicado el menor en la que tendrá “una” consideración primordial. González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 47.

Históricamente la filiación biológica era la esencia de las relaciones jurídicas entre padres e hijos; la adopción se contemplaba como algo residual, extremo; se percibía como una figura que proporcionaba formas de perpetuar líneas sucesorias y bienes familiares, con escasas ventajas para el adoptado. En la actualidad, la adopción nacional y la internacional se han convertido en realidades con un pronunciamiento inequívoco en favor del interés superior del menor.⁹⁴

Con la aparición de los diferentes instrumentos internacionales de protección del menor, se concibe a la adopción internacional como una medida de protección y bienestar que permite a los niños, huérfanos o abandonados, beneficiarse de una familia permanente, buscando siempre ese interés superior del menor.

El marco jurídico convencional que regula, de forma muy especializada, la adopción internacional es, en primer lugar, el Convenio sobre la protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional de menores (Convenio de La Haya de 1993), el cual se aplica en los casos de adopción internacional, es decir, en aquellas adopciones en que el niño y los adoptantes tienen su residencia habitual en diferentes Estados partes de este

⁹⁴ González Martín, Nuria, “Adopción internacional”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana, Anuario*, México, UNAM-Porrúa, 2005, pp. 9-14. Véase la bibliografía recomendada en dicha voz; Brena Sesma, Ingrid, “La adopción y los convenios internacionales”, *Revista de Derecho Privado*, México, McGraw-Hill, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre 1997; Brioso Díaz, Pilar, *La constitución de la adopción en derecho internacional privado*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990; González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2001, 389 pp; Lacruz Berdejo, J. L. et al., “Filiación adoptiva” en *idem Elementos de derecho civil*, IV, 4a. ed., Barcelona, Bosch, 1997, pp. 539-567; Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, t. III, *Derecho de familia*, México, Porrúa, *Derecho de familia*, 1988; Parra Aranguren, Gonzalo, “La Convención de La Haya de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional”, *Boletín de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Madrid, segunda época, núm. 6, verano-otoño 1994; Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena y Brena Sesma, Ingrid, “Adopción”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002; Pina, Rafael de, *Diccionario de derecho*, 3a. ed., México, Porrúa, 1973.

destacable instrumento convencional. En este tenor, el artículo 2o., párrafo primero, del Convenio de La Haya de 1993 expresa lo siguiente:

1. La Convención se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.⁹⁵

En segundo lugar, en este contexto normativo convencional encontramos el Convenio Interamericano sobre conflicto de leyes en materia de adopción, el cual se aplicará para las adopciones internacionales; para este instrumento se considera que una adopción es internacional cuando la residencia del menor esté en un Estado parte de esta Convención y el domicilio de los adoptantes en otro Estado parte. De esta forma, de conformidad con el artículo 1o.:

⁹⁵ En donde no haya elementos de extranjería que “distraigan” del fin último de la adopción internacional que es, en definitiva, la protección del menor. Si llegamos a un punto de consenso en el que se define a la adopción internacional en función de la residencia o domicilio en distintos Estados por parte de ambas partes, adoptando/s y adoptante/s, no podemos bajar la guardia ante una idea importante de consenso para acabar con la dispersión normativa, y retroceder en los avances significativos —por ejemplo la definición de adopción internacional acogida—; véase el caso de la ley española reciente, *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional*, González Martín, Nuria y García Escutia, Laura Magalli, “La ley de adopción internacional española. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, año XLI, núm. 123, septiembre-diciembre de 2008. En dicha ley se distorsiona el concepto de adopción internacional, en donde el elemento de la residencia habitual en Estados diferentes entre adoptante/s y adoptado/s es el elemento, y se agrega el elemento de la nacionalidad, lo cual supone un claro retroceso en perjuicio de la misma. Lo mismo ocurre en el artículo 410 E del Código Civil del Distrito Federal, en donde se mezcla y equivoca la misma.

La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.

De manera coincidente se pronuncia una doctrina mayoritaria, que entiende por adopción internacional el acto jurídico que celebran personas con residencia habitual⁹⁶ fuera del territorio nacional, independientemente de que sean ciudadanos de otro país o no. Por ello es que se sostiene que bastará que tenga su residencia habitual fuera del territorio nacional para que se considere una adopción internacional. Así, para este sector la internacionalidad de la adopción vendría por el criterio subjetivo de la residencia habitual y quedaría desplazado el punto de conexión que en tiempos atrás era el criterio dominante, nos referimos a la nacionalidad.

Ahora bien, queremos destacar que por otro lado hay un sector doctrinal con una clara tendencia a conceptualizar la adopción internacional teniendo en cuenta otros elementos internacionales que están aparejados a la misma, por ejemplo la nacionalidad o la ciudadanía.⁹⁷ Así tenemos, según dicho sector doctrinal, que la

⁹⁶ En cuanto a los puntos de conexión y en concreto al criterio de la residencia habitual para determinar la competencia legislativa en derecho internacional privado, véase Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, “La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993, pp. 17 y ss.

⁹⁷ Bouza Vidal, Nuria, “La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en derecho internacional privado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, p. 921, la autora, por ejemplo, llega a contabilizar hasta catorce supuestos distintos de adopción internacional autorizados por la autoridad española (al margen de las adopciones consulares y de las autorizadas por autoridad extranjera y reconocidas posteriormente en España). En todos estos supuestos, los elementos “extranjeros” que la autora combina son la nacionalidad y residencia de adoptante y adoptado. Citado por Adroher Biosca, Salomé, “Menores privados de su medio familiar” en Lázaro González, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid, Tecnos, p. 408.

...adopción será internacional, y por ello relevante para el DIPr., cuando exista un elemento de extranjería en la relación, el cual puede radicar bien en la nacionalidad extranjera de una de las partes, o bien en el hecho de que alguna de ellas tenga su domicilio o su residencia en el extranjero, o bien en que algunos actos ocurran en el extranjero.⁹⁸

Por ello consideran que cualquier diferencia, ya sea de nacionalidad, domicilio o residencia entre las partes, supondrá la internacionalidad de esta institución familiar. La idea parece no basarse sólo en los elementos personales sino que, atendiendo al lugar de celebración de los actos, sería suficiente con que alguno de ellos, no todos, se hubiera celebrado en el extranjero para que la adopción se considere internacional. Por lo tanto, consideran que la adopción será internacional cuando se determine la nacionalidad extranjera o el domicilio o la residencia en el extranjero, del adoptante, del adoptado, o de ambos.

V. TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES

En lo que se refiere al tráfico internacional de menores, y con absoluta independencia del criterio que se tome, tal y como constatamos en el apartado anterior, para considerar la adopción como internacional, la cuestión es evitar que bajo una adopción “internacional” se produzca una ilicitud del acto que transforme esta figura lícita, que representa la adopción, en un tráfico internacional de menores tal y como venimos proyectando desde la introducción.

Un primer factor para reducir este riesgo latente sería la armonización de la normativa estatal (convencional y autónoma o

⁹⁸ Groffier, “L’adoption en droit international privé comparé”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1973, p. 604; Verwilghen, “La filiation adoptive en droit international privé belge. Etude des règles de conflits de lois introduites à l’article 344 du code civil par la loi du 21 mars 1969”, *Revue du Notariat Belge*, p. 164, nota 8; Delupis, *International Adoptions on the Conflict of Laws*, Almquist Wikksell International, Estocolmo, 1975, p. 11, citado por Brioso Díaz, Pilar, *La constitución de la adopción en derecho internacional privado*, Madrid, Ministerios de Asuntos Sociales, 1990, p. 5.

interna) para regular la figura de la adopción así como una normativa estatal (convencional y autónoma o interna) eficiente, conocida y aplicada en materia de prevención y castigo del tráfico internacional de menores. Respecto a la primera necesidad estimamos conveniente poner un ejemplo, el español, en donde las normas reguladoras de la adopción internacional son muchas y dispersas. A nivel internacional, las encontramos en la Convención sobre los derechos del niño de 1989, en el aludido Convenio de La Haya de 1993, en determinados Protocolos *ad hoc* que vinculan con diversos países;⁹⁹ a nivel interno, las encontramos en la Ley Or-

⁹⁹ Nos referimos a los protocolos o acuerdos que nacen con una clara vocación de nivelar los desequilibrios demográficos y socioeconómicos del mundo actual, a tenor del artículo 39.2 del Convenio de La Haya a los que ya hemos hecho referencia. Véase, entonces, González Martín, Nuria, *op. cit.*, en concreto el capítulo tercero “La política convencional bilateral española en materia de adopción internacional: análisis crítico”, pp. 127 y ss. Acuerdos de difícil calificación, en donde la doctrina expresa opiniones de las más diversas: “...se tratan de acuerdos administrativos pactados entre un Ministerio español y el correspondiente órgano con funciones análogas del Estado extranjero de que se trate”, Iriarte Ángel, José Luis, “Adopción internacional”, en VV.AA., *Derecho internacional privado*, vol. II, 2a. ed., Granada, Comares, 2000, p. 147 y en esa dirección sobre los cuestionamientos si un acuerdo administrativo es o no es un auténtico tratado internacional, véase a Remiro Brotons, Antonio, “De los tratados a los acuerdos no normativos”, en VV.AA., *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales. Actas del Seminario organizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría de Gobierno y el Instituto Nacional de Administración Pública*, Madrid, 1990, p. 39; Fernández Tomás, Antonio, *La celebración de tratados bilaterales de cooperación por España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 115-117; *idem*, “La válida celebración y la incorporación de los Tratados en la jurisprudencia constitucional española”, en VV.AA., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 350, así como el Dictamen del Consejo de Estado, núm. 55.253 de noviembre de 1990, y sentencias del Tribunal Constitucional, del 20 de julio de 1989 (conflicto positivo de competencia 156/1985, Gobierno c. Junta de Galicia, *BOE*, 10 de agosto de 1989). Otros autores le dan carácter de “acuerdos no normativos” como por ejemplo lo califica Calvo Babío, Flora, “Naturaleza y alcance de los protocolos de adopción suscritos entre España y Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 0, 2000, pp. 463 y ss., Esplugues Mota, “Conclusión por parte de España de cuatro protocolos sobre adopción internacional”, *Revista Española*

gánica de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el propio Código Civil en su artículo 9o., inciso 5, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las normativas autonómicas que desarrollan, además, de la normativa sustantiva en algunos casos, las condiciones de acreditación y control de las entidades colaboradoras en la adopción internacional. En esta tónica, aprovechamos la ocasión para comentar, que dada esta dispersión, que no es exclusiva del ordenamiento jurídico español pero que tomamos como ejemplo, tenemos que recientemente España ha publicado la Ley 54/2007, 28 de diciembre, de adopción internacional, *Boletín Oficial del Estado* número 312, del 29 de diciembre de 2007. Una ley necesaria y un buen punto de partida, según la mayoría doctrinal, que da, en términos generales, sistematicidad y claridad a la normativa española y la convierte, además, en un cuerpo legal único, ante la mencionada dispersión e inseguridad que generaba la falta de unificación. Se regulan prácticamente todos los supuestos que se pueden dar en un proceso de adopción internacional. Una norma que agiliza, en principio, las adopciones internacionales y que incrementa el nivel de garantía para los niños susceptibles de darse en adopción internacional y que trata de evitar los secuestros o, en definitiva, el tráfico ilegal de menores.¹⁰⁰ Por supuesto que no todo es loable en dicha ley, a pesar de las mejores intenciones del legislador, en las que habría que destacar la mencionada y desafortunada amplitud que otorga al concepto de adopción internacional —incluyendo un elemento de nacionalidad—, en el que se retrocede drásticamente en perjuicio de la protección del menor.

La realidad mexicana, como veremos en páginas sucesivas, no es muy distante de la mencionada con respecto a España, concre-

de Derecho Internacional, vol. XLVIII, 1996, pp. 336-340; o simplemente ubicarlos como verdaderos tratados, en los que se simplifica el proceso de celebración, sustituyéndose la plenipotencia del ministro de Asuntos Exteriores por una simple credencial del titular del departamento interesado, véase Remiro Brotons, Antonio, *Derecho internacional público: 2. Derecho de los Tratados*, Madrid, 1987, pp. 38 y 39.

¹⁰⁰ González Martín, Nuria y García Escutia, Laura Magalli, *op. cit.*

tamente en el tema de la dispersión normativa; no hemos llegado al punto de legislar en torno a una ley de adopción internacional, a lo más que hemos llegado es a plantear un anteproyecto de Código de DIPr a través de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, un gran logro definitivamente, pero al que debemos dar seguimiento si queremos que nuestros legisladores tomen el tema con la seriedad que se merece.

En lo que se refiere a la segunda necesidad, la de contar con una norma eficiente, conocida y aplicada sobre tráfico internacional de menores, el caso de México es paradigmático y significativo. En este orden de ideas y en conexión con el concepto de adopción, y en este caso concretamente adopción internacional, afirmamos que si no tenemos el debido cuidado y respeto por esta figura podemos vincularlo, lastimosamente, al concepto de tráfico internacional de menores. Son múltiples las “modalidades” que se pueden dar ante un supuesto de tráfico internacional de menores, así como también son múltiples sus factores tanto de origen como de potencialidad. Una reprochable situación que se agrava cuando el Estado no juega correctamente sus cartas a la hora de firmar y ratificar instrumentos convencionales, o cuando el Poder Legislativo no se da a la tarea de legislar adecuadamente para dar una solución a esta figura. De esta forma, en lo que corresponde a la adopción, tenemos que tras ella, según Orejudo Prieto de los Mozos, se esconde, en muchas ocasiones, la pretensión de los adoptantes de traficar, en un sentido u otro,¹⁰¹ con los menores.¹⁰² Sin lugar

¹⁰¹ Al decir “en un sentido u otro”, nos referimos no sólo a la posibilidad de traficar con menores con el fin de entregarlos a redes de pedofilia, prostitución y mendicidad, o la venta de los órganos, sino también hacemos referencia a la práctica que lleva a ciertas parejas, deseosas de tener hijos, a prescindir de los procedimientos que las autoridades más cercanas les ofrecen, incurriendo, igualmente, en lo ilícito.

¹⁰² Orejudo Prieto de los Mozos, P., “El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)”, *Aranzadi Civil*, núm. 12, octubre, 1998; Siqueiros, José Luis, “La adopción internacional de menores”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 17, núm. 17, 1993, pp. 531 y ss.

a dudas, la adopción internacional implica riesgos para la persona del menor cuando se realiza de manera fraudulenta o sin el debido cuidado y seguimiento. Es por ello que nuestro empeño es evitar esta fatal conversión que sin duda repercute en el desarrollo psicológico, sexual, educativo, en definitiva pleno, de los menores.

En la mente de los legisladores que dieron pauta tanto al mencionado Convenio de La Haya de 1993 como a la Convención Interamericana de 1984, puede ser que hubiera la inquietud de evitar cualquier disposición que pudiera dar curso al negocio, tan lucrativo, del tráfico de menores¹⁰³ y que por ello el procedimiento en sí para la constitución de la adopción internacional sea un elenco de disposiciones que controlan el manejo de la misma.¹⁰⁴

Así, nuestra inquietud, además de las que venimos manifestando en líneas anteriores, pasa también por alentar a la ratificación por parte de México de un instrumento convencional que consideramos fundamental para la materialización de la protección de los derechos de los niños, concretamente, en la protección contra su explotación sexual, laboral y su remoción de órganos; una ratificación que no puede demorar más ni se puede seguir escudando en pretextos insostenibles e inconcebibles. Nos estamos refiriendo a la ratificación de un instrumento jurídico internacional de ámbito regional, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, negociada y desarrollada en el seno de la CIDIP-V, siendo anfitrión en esa ocasión la República Mexicana el 18 de marzo de 1994. Una convención que define el tráfico de menores como: la sustracción, el traslado, la retención o la

¹⁰³ De hecho, la doctrina estudia el tema exponiendo, fundamentalmente, el tráfico de niños como condicionante de la evolución del marco jurídico de la adopción internacional, Cuartero Rubio, Ma. Victoria, "Adopción internacional y tráfico de niños", *BIMJ*, núm. 1840 (1o. de marzo de 1999), pp. 407 y ss.

¹⁰⁴ El interés del menor en no ser objeto de tráfico no debe primar sobre el interés en ser integrado cuanto antes en una familia en la que pueda desarrollarse como niño, como ser humano. El *favor negotii* debe sacrificarse, en términos generales, al *favor filii*, véase el interesante artículo de Orejudo Prieto de los Mozos, P., *op cit.*, pp. 24 y ss., en el apartado que se refiere a la adopción internacional y el tráfico internacional de menores.

tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos ilícitos (prostitución, explotación sexual, servidumbre, o cualquier otro, ya sea en el Estado de residencia del menor o en el Estado al que sea trasladado) o por medios ilícitos (secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, entrega o recepción de pagos o beneficios con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro, ya sea en el Estado de residencia del menor o en el Estado al que haya sido trasladado).

Por desgracia el panorama descrito en la citada Convención, no se da sólo en aquellos países en vías de desarrollo sino en aquellos otros que se consideran defensores a ultranza de los derechos humanos y las garantías individuales, países éstos de destino de los niños objeto del tráfico. En este sentido Pérez Vera crítica, precisamente, que la Convención Interamericana de 1994, no ofrece soluciones para los problemas derivados de la división países ricos-pobres que es, con seguridad, el tráfico de niños.¹⁰⁵ Por nuestra parte la única crítica que hacemos a este instrumento convencional se centra en la ausencia de la Internet como medio de comisión reciente y creciente de tráfico internacional de menores. Una crítica que debe contextualizarse y remontarse a la época en la que dicho convenio se negoció. En este sentido vemos que en 1994 el uso de la Internet no estaba tan generalizado y por ello esta vía de comisión no era la más conocida ni usada. Hoy en día todos somos conscientes de que la Internet representa desgraciadamente la más rápida y usada. Pero no para aquí el panorama normativo necesitado de revisión por parte de México; la situación se torna más grave cuando comprobamos que no contamos con una normativa autónoma o interna (competencial ni de derecho aplicable) que reconozca explícitamente la esfera civil del tráfico internacional de menores.

El problema por tanto radica, realmente, en la ausencia de mecanismos que den solución a la localización y restitución de un

¹⁰⁵ Pérez Vera, Elisa, "El menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLV, 1993, p. 112.

menor cuando estamos ante este tipo de conductas, no sólo en el nivel interno sino desde el nivel internacional; mecanismos que nos determinen firmemente ante qué autoridad podemos acudir para solicitar la localización y restitución de nuestros menores a México cuando éstos puedan llegar a ser víctimas de una eventual explotación sexual, laboral o una remoción de órganos. Algunos se han atrevido a proponer que quizás la solución pase por la creación de un Tribunal Penal Internacional que se ocupe de la resolución de estos problemas estableciendo un sistema eficaz de protección y de sanción penal.¹⁰⁶ Por ahora, el panorama normativo que tenemos pasa por contar con un ramillete de Tratados y Convenios internacionales en la materia que se limitan a enunciar principios, buenas intenciones, acerca de la prevención y sanción, determinando en el mejor de los casos la obligación de todos los Estados de instaurar un sistema que consagre dichos principios, adoptando las disposiciones de tipo legal y/o administrativo que sean necesarias.¹⁰⁷

En esta sintonía, cuando hablamos de tráfico internacional, debemos en primera instancia conceptualizarlo, y así reiteramos de manera más breve el concepto que nos proporciona el ya mencionado artículo 2o. de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1989, al decir que es “la sustracción, el traslado o la retención o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos”.¹⁰⁸

Esta figura debe entenderse en conjunción con el término “propósito ilícito”; de esta forma se afirma que “propósitos ilícitos incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual,¹⁰⁹ ser-

¹⁰⁶ Uhia Alonso, Josefa Ma., “Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional”, *La Ley*, 16 de febrero de 1998, d. 46, p. 1960.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ Respecto a la determinación conceptual de esta figura se pronuncia Uriondo de Martínoli quien señala: “en el sentido moderno se entiende por tráfico un «comercio más o menos clandestino, vergonzoso o ilícito». Este concepto que estuvo siempre asociado a la circulación y transmisión de mercancías, aparece ahora ligado al de niños”. Uriondo de Martínoli, A., *op. cit.*, p. 176, mismas afirmaciones que encontramos en Dreyzin de Klor, A. (coord.), *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁹ Para una reflexión interesante sobre la figura del abuso sexual véase Archard, D., *Children: Rights and Childhood*, London, Routledge, 1993, pp. 204-206.

vidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado”. Desde que el artículo dice “entre otros” entendemos que no estamos ante una lista taxativa, *numerus clausus*, de actividades que se califiquen como “propósito ilícito”.¹¹⁰ En este orden de ideas entendemos que pudiera englobarse también como propósito ilícito la pornografía, la tenencia, circulación, publicación de imágenes obscenas de menores por cualquier medio, la venta y el trasplante de órganos, de tejidos, la mendicidad o el préstamo de menores para la práctica de la mendicidad.

En el mismo sentido que lo hacía la Convención Interamericana 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, el cual señala en su artículo 2o., que:

...por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

Por su parte el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, define esta figura (artículo 3.a) señalando que:

a) se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al enga-

¹¹⁰ Esta misma afirmación la encontramos en Lucas Sosa, G., “La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V), México, 1994”, *Revista uruguaya de derecho procesal*, núm. 4, 1994, p. 443.

ño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Con la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios anunciados en el apartado a) del presente artículo.

En tanto que como “medios ilícitos” entiende la Convención Interamericana sobre Tráfico

...el secuestro, consentimiento fraudulento o forzado la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.¹¹¹

Lo que es un hecho indiscutible es que el tráfico de niños en cuanto componente latente de los problemas de la adopción

¹¹¹ Como afirma la profesora Mansilla y Mejía: “la convención propone una conceptualización homogénea que, sin pretender un casuismo, intenta contemplar los supuestos que con mayor frecuencia dan lugar al tráfico internacional de menores, como son la prostitución, la explotación sexual o cualquier otro propósito”. Mansilla y Mejía, M. E., “La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 16, 1995, pp. 99 y 100. A modo de resumen queremos señalar las palabras de la profesora Uriondo de Martinoli quien señala: “conforme a la categorización efectuada, las conductas incriminadas son tres: *substracción, traslado o la retención ilegal*. El traslado concurre con los delitos medios que se consuman en el país de la residencia habitual del menor (sustracción de menores, falsificación documentaria, etcétera) y delitos fines (corrupción de menores, proxenetismo, explotación laboral, lesiones y homicidios para obtener órganos destinados a trasplantes, etcétera) que se cometen en el país de destino del menor”, Uriondo de Martinoli, A., *op. cit.*, p. 180.

internacional debe contemplarse como argumento que desplaza el centro de gravedad de la solución que debe buscarse hacia el principio de cooperación.¹¹² Así, un elemento importante del principio de cooperación, lo tenemos en el papel que desempeñan como mediadoras las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIs),¹¹³ título III de la Convención de La Haya de 1993, una importante función dada la proliferación de las adopciones internacionales en los últimos tiempos. La regulación de estas ECAIs, a través de la normativa nacional, tiene como fin supervisar las verdaderas intenciones de los adoptantes con respecto al adoptado, la falta de compensación económica o pago por la adopción del menor,¹¹⁴ la llegada del menor al país de origen de los adoptantes o la realización de un seguimiento del proceso de integración del menor en su nueva familia.¹¹⁵

Por otro lado, en cuanto a los convenios bilaterales —a tenor del artículo 39.2 del Convenio de La Haya de 1993—, también incluso derivado de la cooperación internacional, vemos, como expresa Cuartero Rubio, que el sistema español es paradigma del progreso en aras de posibles soluciones; y ello se deduce dado que en los últimos años ha iniciado una labor de negociación bilateral

¹¹² Cuartero Rubio, M. V., *op. cit.*, p. 409; Orejudo Prieto de los Mozos, P., *op. cit.*, pp. 19 y ss.

¹¹³ A tenor de la Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, se permite que las Autoridades Centrales pueden delegar competencias en las denominadas Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIs); las cuales son organismos privados, debidamente acreditados por las Autoridades Centrales, (acreditados por la Autoridad Central del Estado de recepción y autorizados por el Estado de emisión de menores). Las ECAIs fungen como asociaciones sin fines de lucro y que están monitoreadas y/o fiscalizadas por el Estado de recepción que las acreditó, desde la constitución de sus estatutos hasta las tarifas oficiales permitidas para realizar su intervención.

¹¹⁴ Sugerimos seguir con detenimiento las reflexiones formuladas en torno a la prohibición de obtención de beneficios indebidos derivados de una adopción internacional, en Cuartero Rubio, M. V., *op. cit.*, pp. 411-418.

¹¹⁵ Sobre el tema de la práctica mediadora, aconsejamos la lectura de González Martín, N., *op. cit.*

en materia de adopción internacional y ha concluido una serie de Convenios orientados de manera específica a los problemas jurídicos inherentes a la adopción internacional.¹¹⁶ En este sentido el Convenio de La Haya de 1993 señala las garantías que deben cumplirse y las vías de coordinación entre Autoridades Centrales, incluida la suscripción de Protocolos o Acuerdos bilaterales en materia de adopción.¹¹⁷ Acuerdos formalizados, normalmente, por el Ministerio o Secretaria de Trabajo y Asuntos Sociales con las autoridades competentes en materia de adopción de los países de origen de los menores donde se aborda y da solución a esa cuestión (por ejemplo, tráfico de menores) al comprometerse ambas partes a exigir la intervención de las administraciones públicas de los dos países.¹¹⁸

Es duro llegar a estas conclusiones pero así, “como el azúcar, el mineral o el camarón, los niños (se entenderá siempre las niñas y los niños) latinoamericanos se exportan”.¹¹⁹

Si bien podemos situar la génesis de la figura del tráfico internacional de menores después de la Segunda Guerra Mundial y con posterioridad a las guerras de Corea y de Vietnam,¹²⁰ hoy afirmamos que estamos ante una realidad que sin ser nueva adquiere diferentes dimensiones debido a las nuevas tecnologías y modalidades. Como bien señala Videla del Mazo:

...es un lugar común en la enseñanza del derecho penal, que debe prevenirse al delito antes que pensar en su castigo. En el caso de los actos inculminables que puedan sufrir los menores, la complejidad de la vida contemporánea indica la conveniencia de no

¹¹⁶ Cuartero Rubio, M. V., *op. cit.*, p. 408.

¹¹⁷ González Martín, N., *op. cit.*

¹¹⁸ Marina Hernando, A., “La adopción internacional. El tráfico internacional de menores. Mecanismos de protección y control”, *Infancia y Sociedad. Revista de Estudios*, España, núm. 33, 1995.

¹¹⁹ Martín Medem, J. M., *Niños de repuesto: tráfico de menores y comercio de órganos*, Madrid, Complutense, 1994, p. 15.

¹²⁰ Siqueiros, J. L., *op. cit.*, p. 531. Para ver antecedentes de esta convención véase Dreyzin de Klor, A. (coord.), *op. cit.*, pp. 119 y 120.

esperar hasta que se produzcan daños —muchos de ellos irreparables— para tomar todas las medidas posibles, con la esperanza de evitarlos.¹²¹

Es efectivamente en esta línea de prevención, y de manera supletoria de castigo, donde hay que situar la actual idiosincracia de esta figura.

Por último debemos advertir que todo lo anterior nos lleva a afirmar, en la misma línea que lo hiciera el profesor Vázquez Pando, que la diferencia entre la figura de tráfico y la de sustracción radica en la presencia o ausencia de los propósitos ilícitos en el desplazamiento del menor; es decir, cuando existan dichos propósitos estaremos ante el tráfico de menores y, cuando haya una ausencia de dichos propósitos estaremos ante la sustracción.¹²² Así, podemos mencionar que la diferencia radica en el elemento volitivo y no en el elemento personal que compone estas figuras. En este sentido, independientemente de quien realice dichos actos (padres, tutores, instituciones, etcétera), la ilicitud de los mismos y su tipificación dependerá de los propósitos con los que son retenidos y/o trasladados los menores. Así, cuando existe ánimo de lucro y una puesta en peligro para el menor estamos indiscutiblemente hablando de la figura de tráfico internacional de menores, de conformidad con la Convención Interamericana mencionada; ahora bien, cuando no existe ese ánimo de lucro ni una puesta en peligro del mismo, pero sí existe una vulneración de los derechos de guarda, custodia o visita, asignados o por asignar a uno de los progenitores, estamos ante la figura de la sustracción (o restitución) internacional de menores. Es así que la diferencia entre estas figuras radica en la intención que la persona que lo sustrae presenta.

¹²¹ Videla del Mazo, J. M., “Disuasión y represión del tráfico de menores y otras figuras criminales conexas”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, núm. 1, t. 53, 1993, p. 66.

¹²² Vázquez Pando, F. A., *Nuevo Derecho Internacional Privado*, 2a. ed., México, Themis, 2000, pp. 138-141.

Resta en este momento mencionar, a modo de crítica, que si bien México tiene ratificadas dos Convenciones en materia de sustracción (el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores) pudiendo concluir de estas afirmaciones que la tarea está hecha, no podemos mencionar ni concluir lo mismo cuando al ámbito convencional nos referimos y a la figura de tráfico lo aterrizamos. El panorama se iguala cuando nos referimos al plano autónomo donde, salvando el CPC de Querétaro o la reforma a la oralidad en materia familiar en el estado de México y Nuevo León, donde se regula específicamente la determinación competencial en materia de restitución de un menor, no encontramos otros cuerpos normativos que dediquen al menos un artículo específico para dar respuesta a la figura de la restitución y del tráfico desde la óptica civil. Por supuesto que no podemos repetir estas afirmaciones cuando se aborda la arista penal donde encontramos ambas figuras, con mayor o menor atino, en los códigos penales.