

## **MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL: TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES, TRATA DE PERSONAS Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN<sup>1</sup>

Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ<sup>2</sup>

Sumario: I. *Introducción*. II. *Tráfico internacional de menores desde el Derecho Internacional Privado y desde el Derecho Humanitario*. III. *Tráfico internacional de menores y trata de personas*. IV. *Tráfico internacional de menores y sustracción internacional de menores*. V. *El principio del interés superior del menor en las figuras de tráfico y sustracción*. VI. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Las presentes líneas pretenden arrojar una luz, tanto sobre el aspecto semántico como de fondo sobre aquellas figuras que, por tradición, comodidad o inercia, se han venido usando de manera indistinta en materia de tráfico internacional de menores, trata de personas y sustracción internacional de menores.

Dando seguimiento a nuestra postura, marcada en otras contribuciones,<sup>3</sup> el uso del término “menor” o “menor de edad” se usa de forma indistinta a la nueva corriente que aboga por el término “niño, niña, adolescente”. Una vez más, reiteramos que, sin un tinte peyorativo, utilizaremos en estas líneas los tres conceptos de forma indistinta, al referirnos a este sector poblacional: “menor”, “menor de edad” y “niño, niña y adolescente”.

Tres aclaraciones servirán para poner punto final a esta “nueva discusión”:

Si bien la sinonimia no cabe entre conceptos que no se refieren a lo mismo, aseveramos que no es este el caso.

Cuando nos referimos a “menor” o “menor de edad” no englobamos de forma conjunta e indiferenciada a todas las edades sino que, al contrario, reconocemos las realidades y necesidades de cada etapa de crecimiento.

Si la justificación es el abandono de la “doctrina de la situación irregular” y el abrigo de la “doctrina de la protección integral” dicho paso no transita necesariamente por el destierro de un concepto jurídico. Si bien para la “doctrina de la situación irregular” “menor” representaba aquel sector de la población menor de 18 años que no tenía sus necesidades

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España; investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; directora del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

<sup>2</sup> Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España; investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

<sup>3</sup> González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, “Concepto de menor vs niños, niñas y adolescentes”, en Macías Vázquez, Ma. Carmen y Pérez Contreras, Montserrat (coords.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 55-65.

básicas cubiertas, y “niño”, *a contrario sensu*, quien sí las tenía, esto no necesariamente se mantiene y refleja en la actualidad, donde “niños”, “menores” y “adolescentes” son términos jurídicos que se marcan por la edad civil de 18 años.

Por último, cabe destacar que el lector encontrará las diferentes concepciones jurídicas que cada rama del derecho utiliza para poner distancia entre las figuras de trata y tráfico. Por ello, sin miedo a equivocarnos, mencionamos que no es lo mismo la concepción jurídica del derecho humanitario a la del derecho internacional privado.

Igualmente, no podríamos dejar de mencionar las diferencias y semejanzas existentes entre el tráfico internacional de menores y la sustracción internacional de menores.

## II. TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO HUMANITARIO

Desde el inicio de estas líneas creemos oportuno delimitar el marco conceptual de dos figuras jurídicas que en la actualidad confluyen en una confusión terminológica y de fondo. No es posible introducir sinonimias entre dos conceptos que si bien comparten rasgos comunes presentan coberturas ciertamente distintas, por razón de las personas y de su alcance. Nos estamos refiriendo a los supuestos jurídicos de tráfico internacional de menores y trata de personas. En parecidos términos delimitadores nos encontramos con Rodríguez Martínez al expresar que “normalmente se habla indistintamente de tráfico de personas y trata de personas como sinónimos, sin embargo, son dos conceptos que es necesario diferenciar”.<sup>4</sup>

No es la primera vez, ni será la última, en la que destinemos las primeras líneas a la confusión terminológica, del *nomen iuris*, que representan algunas figuras jurídicas.<sup>5</sup> Una confusión que puede venir por una inercia social, coyuntura política, jurídica o una postura de comodidad por parte de la doctrina.

Tras esta cuestión semántica advertimos que se encuentra una cuestión de fondo que justifica que abordemos dichas diferencias.

En este momento las ópticas jurídicas desde las que abordaremos ambas figuras son el derecho internacional privado (DIPr) y el derecho humanitario.

El punto común entre estas figuras se encuentra en la configuración de las conductas que ambas figuras presentan, es decir, la explotación sexual, laboral y la remoción de órganos. Ambas conductas se encuadran necesariamente en la categoría de los denominados “delitos sexuales”.

En atención a la óptica *iusinternacionalprivatista* se puede afirmar que la existencia de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores impone la necesidad de delimitar las figuras que comentamos. Para esta rama del derecho la figura de trata de personas puede ser nacional o internacional, mientras que el tráfico de menores siempre es internacional al requerir un forzoso y necesario cruce de fronteras. Se afirma que “promueve el que por propia iniciativa organiza o toma a su cargo la tarea de hacer entrar o salir del país al sujeto pasivo; facilita el que presta una ayuda o colaboración en la obra de un tercero emprendida con esa finalidad”.<sup>6</sup> Sumado a lo anterior la trata de personas

<sup>4</sup> Rodríguez Martínez, Eli, “Tráfico de migrantes y trata de personas: Crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio”, *Jurídica, Revista de la Universidad Iberoamericana* (en prensa).

<sup>5</sup> González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, “Concepto de menor vs niños, niñas y adolescentes”, en Macías, M. C. y Pérez Contreras, M. M. (coords.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, Publicación electrónica, núm. 5, 2011, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 55-65.

<sup>6</sup> Creus C., *Derecho Penal, Parte especial...*, p. 237. En este sentido señala el autor que “lo que se promueve o facilita es la entrada al territorio del país o la salida de él. El concepto de territorio es el político-geográfico, o sea el comprendido dentro de los límites geográficos, excluyendo los lugares no comprendidos

incluye a personas mayores y menores de edad mientras que el tráfico internacional se comete teniendo como sujetos pasivos a los menores de edad como categorías subjetivas únicas. Mientras la trata de persona es el género por la amplitud de su configuración, el tráfico internacional de menores viene a ser la especie.

En atención a la óptica del derecho humanitario, siguiendo de nuevo a Rodríguez Martínez, tenemos que el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional,<sup>7</sup> establece las diferencias entre la trata (de personas) y el tráfico (de migrantes) en los siguientes seis aspectos:

- a) Consentimiento: “En la trata de personas las víctimas son engañadas, coaccionadas o aún obligadas; en el tráfico de personas, las víctimas siempre consienten en ser traficadas”.<sup>8</sup>
- b) Transnacionalidad: “La trata de personas no conlleva necesariamente al traslado físico de las víctimas de un Estado a otro, a veces ni siquiera de una localidad a otra en el mismo país; en cambio, el tráfico de migrantes es por naturaleza propia de carácter transnacional”.<sup>9</sup>
- c) Explotación: “En la trata de personas, los tratantes tienen y mantienen un control sobre las víctimas con la finalidad de explotarlos laboral, comercial o sexualmente para la obtención de beneficios ilícitos; en tanto que en el tráfico de migrantes no existe ningún control de los traficantes sobre las personas una vez que se llega al país de destino, y es indiferente para el traficante la actividad que vayan a desempeñar las personas traficadas”.<sup>10</sup>
- d) Transportación: “En el tráfico, la transportación de las personas siempre es de forma ilícita pues se realiza de forma clandestina; en tanto, que en la trata la transportación de las víctimas no necesariamente ha de ser clandestina o ilícita”.<sup>11</sup>
- e) Género: “El tráfico de migrantes implica mayoritariamente a hombres; en tanto que, en la trata de personas sus víctimas fundamentales son mujeres, niñas y niños y en menor grado víctimas masculinas, pues abusan de su grado de vulnerabilidad”.<sup>12</sup>
- f) Beneficio: “En el tráfico de migrantes el dinero es un factor intrínseco en el traslado; en tanto que en la trata de personas el dinero para el traslado no es un factor importante sino someter a la persona a una deuda económica que la fuerce a ser explotada”.<sup>13</sup>

Por lo que se refiere al elemento subjetivo, el término “personas tratadas” se refiere a quienes son mantenidas en trabajo forzado, esclavitud o servidumbre en, entre otros, fábricas, fincas, burdeles y casas o lugares destinadas a estos efectos.

En resumidas cuentas, a efectos de esta rama jurídica, el tráfico de personas es el traslado lucrativo de personas con el fin de lograr la salida/entrada ilegal de migrantes (cruce

en esos límites, aunque eventualmente rija sobre ellos la jurisdicción de la ley y tribunales argentinos”.

<sup>7</sup> La entrada en vigor internacional se produce el 28 de enero de 2004. Se firma por México el 13 de diciembre de 2000; se aprueba por el Senado el 22 de octubre de 2002; se publica en el *DOF* para su aprobación el 27 de noviembre de 2002; la vinculación de México se produce por ratificación el 4 de marzo de 2003; la entrada en vigor para México se produce el 20 de enero de 2004 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 10 de abril de 2003.

<sup>8</sup> Rodríguez Martínez, Eli, “Tráfico de migrantes y trata de personas: crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio”..., *cit.*

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> *Idem.*

de fronteras), mientras que la trata de personas es la compra y venta de seres humanos con fines de explotación.

Por lo anterior, la trata implica reducir a las personas a “objetos” (al caer en las redes de tratantes nacionales e internacionales) y atenta contra la dignidad de las personas, el derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes, la libertad de circulación, a no ser sometido a esclavitud, a la seguridad, la vida, la integridad física y psicológica. Por lo tanto concluimos que es un delito complejo y una práctica que en todo punto viola los derechos humanos.

En lo que se refiere a la trata, su configuración se realiza en función de los siguientes cuerpos normativos: a) 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; b) Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; c) Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, y d) 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. Por su parte, la figura del tráfico internacional de menores se configura por la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños,<sup>14</sup> concretamente de su artículo 3o.<sup>15</sup> nos ofrece las siguientes características que pueden coadyuvar en la delimitación y diseño de la figura de trata de personas:

- a) Por lo que hace a la actividad, engloba: “La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas”.
- b) Por lo que se refiere al “medio” para mover a alguien a una situación de trata no es importante, pero el proceso de movilizar gente de un lugar a otro para retenerlos, someterlos a trabajo forzados o a la esclavitud son elementos constitutivos esenciales en la configuración de este crimen.<sup>16</sup>
- c) Derivado de la cláusula “incluirá, como mínimo”, se cubren todas las formas de trata (desde la mendicidad forzada, el trabajo doméstico o agrícola forzado hasta la prostitución). Así, la finalidad que persigue esta figura consiste en la explotación de las personas, “la cual puede ser sexual (prostitución, pornografía, u otras formas de explotación sexual) o laboral (trabajos o servicios forzados, esclavitud, servidumbre o extracción de órganos)”.<sup>17</sup>
- d) Las personas pueden ser víctimas a través de alguien cercano (padre, esposo, etcétera).

<sup>14</sup> La entrada en vigor internacional es el 25 de diciembre de 2003. México lo firma el 13 de diciembre de 2000; se aprueba por el Senado el 22 de octubre de 2002; se publica en el *DOF* para su aprobación el 27 de noviembre de 2002; México se vincula por ratificación el 4 de marzo de 2003; entra en vigor para México el 25 de diciembre de 2003 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 10 de abril de 2003.

<sup>15</sup> “Definiciones”, “Para los fines del presente Protocolo: a) Por trata de personas 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 rapto, al fraude, al engaño, 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; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) 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 enunciados en el apartado a) del presente artículo”.

<sup>16</sup> <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3556.pdf>.

<sup>17</sup> Rodríguez Martínez, E, “Tráfico de migrantes y trata de personas: Crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio”..., *cit.*

- e) Los términos “explotación de la prostitución ajena” y “explotación sexual” configuran la larga lista de conceptos jurídicos indeterminados en el contexto del convenio.

Por lo que se refiere al Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, concretamente de su artículo 3o.<sup>18</sup> y en clave de continuidad con el instrumento anterior, determina las siguientes notas:

- a) Actividad: la facilitación de la entrada de las personas de su país de origen al país de destino, aun cuando para llegar al país de destino deban pasar por otros países (países de tránsito).
- b) Medios: el medio empleado es irrelevante para efectos del Protocolo, lo importante es la acción y la finalidad de la misma. Los medios empleados pueden variar y consistir, por ejemplo, en la falsificación de documentos migratorios, corrupción de agentes migratorios, esconder a las personas objeto de tráfico en los vehículos en los que habrán de cruzar las fronteras.
- c) Finalidad: existe una finalidad de lucro, pues los traficantes buscan “obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.<sup>19</sup>

Así, si para el derecho humanitario la diferencia terminológica radica en la trata de personas y el tráfico de migrantes para el DIPr. se habla de trata de personas y de tráfico internacional de menores; en este sentido puntualiza la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, artículo 2.b) que “Tráfico internacional de menores” significa la substracción, el traslado o la retención, o la tentativa de substracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos”.<sup>20</sup>

Para terminar queremos ofrecer unas cifras que sin duda marcan y manifiestan la problemática que se encierra tras esta figura jurídica:

- La Organización de los Estados Americanos (OEA) cifra en más de 1,2 millones de niños y niñas víctimas de la trata en todo el mundo cada año.
- La Oficina de Naciones Unidas contra los Delitos y las Drogas (ONUDD) cifra en 700 mil las personas que son transportadoras anualmente entre las fronteras para ser objeto de trabajos forzados y explotación sexual, en su mayoría mujeres y niños/as.
- El 79% del total de la trata de personas tiene el propósito de explotación sexual.

<sup>18</sup> “Definiciones”, “Para los fines del presente Protocolo: “a) Por tráfico ilícito de migrantes se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material; b) Por entrada ilegal se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor; c) Por documento de identidad o de viaje falso se entenderá cualquier documento de viaje o de identidad: i) Elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; o ii) Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o iii) Utilizado por una persona que no sea su titular legítimo; d) Por buque se entenderá cualquier tipo de embarcación, con inclusión de las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, que se utilice o pueda utilizarse como medio de transporte sobre el agua, excluidos los buques de guerra, los buques auxiliares de la armada u otros buques que sean propiedad de un Estado o explotados por éste y que en ese momento se empleen únicamente en servicios oficiales no comerciales”.

<sup>19</sup> Rodríguez Martínez, E., “Tráfico de migrantes y trata de personas: Crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio...”, *cit.*

<sup>20</sup> c) “Propósitos ilícitos” incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre 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. d) “Medios ilícitos” incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos 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 medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre”.

- La Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 98% de las personas objeto de trata con fines de explotación sexual son mujeres y niñas.

### III. TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES Y TRATA DE PERSONAS

Tanto el tráfico internacional de menores como la trata de personas tienen como elementos constitutivos de la conducta la explotación sexual, la explotación laboral y la remoción de órganos. Ahora bien, esta figura se complementa con las aristas de prostitución infantil, venta de niños y pornografía infantil.

De conformidad con 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,<sup>21</sup> concretamente su artículo 2o.:

- a) 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; b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; c) 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.

En todas estas aristas de flagelo a la minoridad debemos señalar que el bien jurídico tutelado se determina en función de la categoría jurídica concreta que se plantea; así, cuando nos referimos a la explotación sexual lo que se trata de proteger es la salud de la persona, la libertad sexual, su libre desarrollo, incluyendo su libre elección así como, una vez más, la indemnidad sexual o intangibilidad de un menor de edad. En este rubro encontramos a quien considera que existe igualmente “un atentado a la moralidad sexual en lo que hace al normal desarrollo de la sexualidad”.<sup>22</sup>

Cuando nos referimos a la explotación laboral el bien jurídico tutelado se configuraría en la protección al desarrollo integral del menor, su formación e integración al mundo laboral con la edad y herramientas necesarias para un correcto desarrollo. A lo anterior cabe añadir el derecho a la salud y al sano esparcimiento, aspectos que acaban de constitucionalizarse a través de la reforma del artículo 4o. en sus párrafos sexto y séptimo, publicado en el DOF del 12 de octubre de 2011. Una reforma que queda de la siguiente manera:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el *principio del interés superior de la niñez*, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de *alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral*. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

Por último, en la remoción de órganos el bien jurídico tutelado podría cifrarse en la integridad corporal de la persona, en la salud.

Estas figuras admiten todas las formas de autoría y participación; por su grado de ejecución se configura con la tentativa. Según la cualidad del autor estamos ante un autor

<sup>21</sup> La entrada en vigor internacional se da el 18 de enero de 2002; la firma por México es del 7 de septiembre de 2000; la aprobación por el Senado es del 10 de diciembre de 2001; se publica en el *DOF* para su aprobación el 16 de enero de 2002; México se vincula por ratificación el 15 de marzo de 2002; entra en vigor para México el 15 de abril de 2002 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 22 de abril de 2002.

<sup>22</sup> Creus, C., *Derecho Penal, Parte especial...*, cit., p. 236.

común puesto que cualquiera puede llevar a cabo las actividades de explotación (laboral o sexual) o bien removerle los órganos. Por lo que se refiere al número de sujetos que intervienen puede ser unipersonal o pluripersonal. Por la cualidad del sujeto pasivo, a efectos de las presentes líneas, podemos afirmar que éste es cualificado al ser un menor de edad.

Finalmente cabe hacer mención especial al concepto utilizado antaño de “trata de blancas”, el cual es comúnmente utilizado por las distintas convenciones que estudian esta conducta. Como señala Rodríguez Martínez este concepto:

Se utilizaba para hacer referencia a la movilidad y comercio de mujeres blancas, europeas y americanas, para servir como prostitutas o concubinas generalmente en países árabes, africanos o asiáticos. En ese momento surgieron las primeras hipótesis en torno a que dichos movimientos eran producto de secuestros, engaños y coacciones sobre mujeres inocentes y vulnerables con el objeto de explotarlas sexualmente.<sup>23</sup>

Si bien pudiéramos hacer una compleja labor de comprensión en la utilización del término “trata de blancas”, la labor se facilita al contextualizarlo a la época en la que se redactaron estos instrumentos convencionales. Un concepto que sin duda debe ser abandonado.

Esta conducta se persigue de oficio, y según la gravedad del tipo es un delito grave.<sup>24</sup>

Los instrumentos convencionales que se destinan a regular este fenómeno en México se pueden enumerar en los siguientes:<sup>25</sup>

- 1) Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.<sup>26</sup> En este instrumento encontramos el siguiente listado de artículos: 19, 32, 33, 34, 35 y 36.<sup>27</sup>
- 2) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la

<sup>23</sup> Rodríguez Martínez, E., “Tráfico de migrantes y trata de personas: Crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio”..., *cit.*

<sup>24</sup> Zamora Jiménez, A., *Manual de Derecho Penal, parte especial, análisis de los delitos en México...*, *cit.*, pp. 247 y 248.

<sup>25</sup> Como bien señala Rodríguez Martínez: “Se estima que entre 1815 y 1957 se aprobaron cerca de 300 acuerdos internacionales con el fin de suprimir la esclavitud en todas sus formas, entre los cuales se incluye la Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas de 1910, la Declaración relativa a la Abolición Universal del Comercio de Esclavos de 1915, la Convención sobre la Esclavitud de 1926, la Convención para la Supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949, y la Convención Adicional sobre la abolición de la esclavitud, el Comercio de esclavos y de instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956”. De esa fecha a la actualidad no han parado de redactarse convenios con la misma temática y fin. Véase Rodríguez Martínez, E., “Tráfico de migrantes y trata de personas: Crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio”..., *cit.*

<sup>26</sup> Su entrada en vigor internacional se produce el 2 de septiembre de 1990. Para México se firma el 26 de enero de 1990, se aprueba por el Senado el 19 de junio de 1990, se publica en el *DOF* para su aprobación el 31 de julio de 1990, México se vincula por ratificación el 21 de septiembre de 1990, entra en vigor el 21 de octubre de 1990 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 25 de enero de 1991.

<sup>27</sup> 19: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

32: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”.

Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía.<sup>28</sup>

- 3) Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, firmado en París, el 18 de mayo de 1904, enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949.<sup>29</sup>
- 4) Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, firmado en París el 4 de mayo de 1910, enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949.<sup>30</sup>
- 5) Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores.<sup>31</sup>
- 6) Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y Protocolo Final.<sup>32</sup>

33: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias".

34: "Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos".

35: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma".

36: "Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar".

<sup>28</sup> Este Protocolo se firma en Nueva York el 25 de mayo de 2000. Su entrada en vigor internacional se produce el 18 de enero de 2002. Para México se firma el 7 de septiembre de 2000, se aprueba por el Senado el 10 de diciembre de 2001; se publica en el *DOF* para su aprobación el 16 de enero de 2002; México se vincula por ratificación el 15 de marzo de 2002; la entrada en vigor para México se da el 15 de abril de 2002 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 22 de abril de 2002.

<sup>29</sup> Se firmó en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949, con entrada en vigor internacional del 21 de junio de 1951. México lo aprueba en el Senado el 29 de diciembre de 1954, se publica en el *DOF* para su aprobación el 28 de febrero de 1955, la vinculación de México es por adhesión el 21 de febrero de 1956, entra en vigor el 21 de agosto de 1956 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 20 de junio de 1956.

<sup>30</sup> De conformidad con el artículo 1o. se establece que debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, haya contratado, secuestrado o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o a una joven menor de edad, con propósitos licenciosos, aún cuando los diversos actos constitutivos de la infracción se hayan cometido en países diferentes. Este artículo debe ser puesto en relación con el artículo 2, que a la letra dice: "debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, mediante fraude o con ayuda de violencias, abuso de autoridad o cualquier otro medio de coacción, haya contratado, secuestrado o seducido una mujer o una joven mayor de edad, con propósitos licenciosos, aún cuando los diversos actos constitutivos de la infracción hayan sido cometidos en países diferentes". Se firma en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949, con entrada en vigor internacional el 14 de agosto de 1951. México lo aprueba por el Senado el 29 de diciembre de 1954, lo publica en el *DOF* para su aprobación el 28 de febrero de 1955, se vincula por adhesión el 21 de febrero de 1956, entra en vigor para México el 21 de agosto de 1956 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 20 de junio de 1956.

<sup>31</sup> Se firma en Ginebra, Suiza, el 30 de septiembre de 1921, la entrada en vigor internacional se rige por la Convención del 21 de marzo de 1950. México realiza la aprobación por el Senado el 13 de septiembre de 1933, se publica en el *DOF* para su aprobación el 17 de octubre de 1933, la vinculación de México se produce por adhesión el 10 de mayo de 1932, la entrada en vigor para México es del 21 de mayo de 1956 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 25 de enero de 1936.

<sup>32</sup> Este Convenio en su artículo 1 expresa que las partes se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: "1. Concertase la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución o la corrompiere con objeto de prostituirla, aún con el consentimiento de tal persona; y 2. Explotare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona. Las partes del Convenio se comprometen a castigar a toda persona que: 1. Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento y 2. Diere o tomare a sabiendas en arriendo, un edificio u otro local, o cualquier, parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena". El artículo 3 establece que "en la medida en que lo permitan las leyes nacionales, serán también castigados toda tentativa de cometer las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 mencionados arriba. En la medida en que lo permitan las leyes nacionales, los actos de participación serán considerados como infracciones distintas en todos los



- 7) Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad.<sup>33</sup>
- 8) 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.<sup>34</sup>
- 9) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará".<sup>35</sup>
- 10) 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.<sup>36</sup>

A este abanico de convenios internacionales puede agregársele el Acuerdo A/024/08 por el que se crea la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y

casos en que ello sea necesario para evitar la impunidad". Para complementar las disposiciones 1 y 2, el artículo 8o. establece que "serán consideradas como casos de extradición, las cuales serán concedidas con arreglo a las leyes del Estado al que se formule la petición de extradición". La excepción la representa el artículo 9 al disponer que los Estados cuya legislación no admita la extradición a nacionales, los nacionales que hubieren regresado a su propio Estado después de hacer cometido en el extranjero cualquier de las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 y serán enjuiciados y castigados por los tribunales de su propio Estado. Asimismo, el artículo 10 exceptúa la disposición novena señalando que no se aplicará cuando el inculpado hubiere sido enjuiciado en un Estado extranjero y habiendo sido condenado, hubiera cumplido su condena. Se firma en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950, con entrada en vigor internacional el 25 de julio de 1951, de conformidad con el artículo 24, el Convenio entrará en vigor 90 días después de la fecha de depósito del segundo instrumento, ratificación o adhesión. México lo aprueba por el Senado el 29 de diciembre de 1954, se publica en el *DOF* para su aprobación el 28 de febrero de 1955, México se vincula por adhesión el 21 de febrero de 1956, entra en vigor el 21 de mayo de 1956 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 19 de junio de 1956.

<sup>33</sup> Fue firmado en Ginebra, Suiza, el 11 de octubre de 1933, con entrada en vigor internacional de 24 de agosto de 1934, de conformidad con el artículo 8, la Convención entrará en vigor sesenta días después de que el secretario general de la Sociedad de Naciones haya recibido dos ratificaciones o adhesiones. México lo aprueba por el Senado el 28 de diciembre de 1937, se publica en el *DOF* para su aprobación el 9 de marzo de 1938, la vinculación de México se da por adhesión el 3 de mayo de 1938, entra en vigor para México el 2 de julio de 1938 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 21 de junio de 1938.

<sup>34</sup> Se firma en Lake Success, Nueva York, el 12 de noviembre de 1947, con entrada en vigor internacional de 12 de noviembre de 1947, es decir, entrará en vigor en la fecha en que sean parte en él dos o más Estados. Se firma por México el 12 de noviembre de 1947, se aprueba por el Senado el 30 de diciembre de 1948, se publica en el *DOF* para su aprobación el 7 de marzo de 1949, se vincula México mediante ratificación el 17 de agosto de 1949, entra en vigor para México el 12 de noviembre de 1947 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 19 de octubre de 1949.

<sup>35</sup> Debe entenderse por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado; de conformidad con el artículo 2 la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: 1. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer y que comprende violación, maltrato y abuso sexual; 2. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende violación, abuso sexual, tortura, trata, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar y 3. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes. Se firma en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 y entra en vigor internacionalmente el 5 de marzo de 1995; la firma por México es el 4 de junio de 1995, la Aprobación por el Senado se produce el 26 de noviembre de 1996, se publica en el *DOF* para su aprobación el 12 de diciembre de 1996, México se vincula por ratificación el 12 de noviembre de 1998, entrada en vigor para México el 12 de diciembre de 1998 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 19 de enero de 1999.

<sup>36</sup> Este Protocolo se firma en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y entra en vigor internacionalmente el 25 de diciembre de 2003; respecto a México se firma el 13 de diciembre de 2000, se aprueba por el Senado el 22 de octubre de 2002; se publica en el *DOF* para su aprobación el 27 de noviembre de 2002; México se vincula por ratificación el 4 de marzo de 2003; entra en vigor el 25 de diciembre de 2003 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 10 de abril de 2003.

Trata de Personas.<sup>37</sup> De este Acuerdo queremos destacar los artículos 4o.<sup>38</sup> y 6o. *in fine*<sup>39</sup> en los que se establecen las competencias que tendrá esta Fiscalía Especial. Las competencias señaladas de manera dispersa en los tres artículos mencionados reflejan el carácter exclusivamente penal de la competencia en la trata de personas, en clara ausencia de la competencia civil que también es una óptica que debe ser contemplada. Este Acuerdo se da en el marco de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, publicada en el DOF el 27 de noviembre de 2007.

Por lo que hace al Decreto por el que se aprueba el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (2010-2012), publicado en el DOF el jueves 6 de enero de 2011, se afirma que los objetivos generales perseguidos por este Programa son:

Objetivo 1: conocer el contexto actual en materia de trata de personas así como sus causas y consecuencias en el país; objetivo 2: prevenir el delito de trata de personas y transformar el contexto de los patrones culturales de tolerancia hacia la explotación sexual, laboral y demás conductas vinculadas al mismo; objetivo 3: coadyuvar en el mejoramiento de la procuración de justicia en materia de trata de personas; objetivo 4: proporcionar una atención integral y de calidad a las personas en situación de trata, así como a familiares y testigos.

La regulación de la figura de tráfico en los códigos penales la encontramos en los siguientes artículos: 34 de Aguascalientes; 238 a 238 Bis de Baja California; 233 a 234 de Baja California Sur; 166 a 167 de Chihuahua; 365 a 366 para tráfico de menores y 367 a 371 para tráfico de órganos del Código Penal de Durango; 220 de Guanajuato; 191 de Guerrero; 234 a 238 de Hidalgo; 219 y 220 de México; 229 Bis a 232 de Michoacán; 204 de Morelos; 265 de Nayarit; 348 Bis de Oaxaca; 283 y 284 de Puebla; 213 de Querétaro; 172 de Quintana Roo; 140 y 141 de San Luís Potosí; 243 de Sinaloa; 301 B al de Sonora; 211 a 214 de Tabasco; 318 Bis de Tamaulipas; 243 y 244 de Veracruz, y corrupción, trata de menores y pornografía infantil, 208 a 213 y 224 de Yucatán.

<sup>37</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, Primera Sección, 31 de enero de 2008. Disponible en [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5014568](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5014568).

<sup>38</sup> Art. 4: "Para el ejercicio de sus funciones, la persona que ocupe el cargo de Fiscal Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas, tendrá en el ámbito de su competencia, las facultades siguientes que podrá ejercer por sí o por conducto de los servidores públicos que le estén adscritos: I. Ejercer las atribuciones que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes y demás disposiciones jurídicas confieren al Ministerio Público de la Federación; II. Ejercer la facultad de atracción de los delitos del orden común en términos de las disposiciones jurídicas aplicables; III. Atender el despacho de los asuntos competencia de la Fiscalía; IV. Participar en la Comisión Intersecretarial prevista en el artículo 10 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas; en el Sistema Nacional creado en el artículo 36 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, y en el Sistema Nacional para la igualdad entre mujeres y Hombres establecido en el artículo 23 de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres; V. Participar, en coordinación con las áreas de la Procuraduría que correspondan, en el cumplimiento a la Ley General de Acceso a una Vida Libre de Violencia; VI. Coordinar el desarrollo y cumplimiento de las funciones de las unidades que integren la Fiscalía, vigilando que se observen los ordenamientos legales y demás disposiciones aplicables; VII. Establecer mecanismos de coordinación y de interrelación con otras áreas de la Procuraduría, para el óptimo cumplimiento de las funciones que le corresponden; VIII. Emitir o suscribir los instrumentos jurídicos que faciliten el funcionamiento y la operación de la Fiscalía, de conformidad con el artículo 7 de la Ley Orgánica. IX. Fortalecer los mecanismos de cooperación y colaboración con autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales, en el ámbito de su competencia, atendiendo a las normas y políticas institucionales; X. Proponer al Procurador los manuales de organización, de procedimientos y de servicios al público en el ámbito de su competencia; XI. Recibir en acuerdo ordinario a los responsables de las unidades administrativas que integren la Fiscalía y en acuerdo extraordinario a cualquier otro servidor público, así como para conceder audiencia al público. XII. Informar al Procurador sobre los asuntos encomendados a la Fiscalía; y XIII. Las demás facultades que a los titulares de las unidades administrativas les otorga el artículo 12 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República".

<sup>39</sup> Artículo 6 *in fine*: "así como en el seguimiento y cumplimiento de las recomendaciones que los organismos internacionales realice al Estado mexicano en materia de prevención de la violencia contra las mujeres y la trata de personas".

Como un punto coincidente entre las figuras de tráfico y trata de personas debemos manifestar que ambas figuras manifiestan una problemática de género, generacional y de clase socio-económica y cuyos factores de potencialización podemos señalar que se cifran en factores multicausales como la pobreza, la falta de oportunidades laborales y de una vida mejor, discriminación por género, la globalización de la economía, la flexibilización fronteriza, la tolerancia social y la falta de reconocimiento social como un problema, la falta de capacitación y profesionalismo del personal fronterizo, la corrupción, etcétera. Factores que pueden presentarse de forma aislada o conjunta.

#### IV. TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Por lo que se refiere a la delimitación entre sustracción y tráfico internacional de menores de edad podemos mencionar que las semejanzas se encuentran, por un lado, en el elemento subjetivo de la relación jurídica, esto es, en quien concreta la conducta; por otro lado, en la presencia del principio del “interés superior del menor”.

Por otro lado, los puntos divergentes<sup>40</sup> radican, en primer término, en la configuración<sup>41</sup> y objetivos inherentes en ambas figuras; si la sustracción radica en la vulneración los derechos tuitivos de guarda/custodia y visita/contacto/convivencia, asignados judicialmente (provisional o definitivamente) o acordados por las partes, el tráfico se configura con la explotación sexual, laboral, la remoción de órganos. Lo anterior trae como consecuencia que mientras el tráfico es un “delito sexual”, la sustracción es, o debe ser, un “delito contra el orden familiar”. En segundo término, la distancia se marca por el ánimo de lucro existente (tráfico) o no (sustracción) en el diseño de estas conductas. En tercer término, sostenemos que la figura de tráfico se caracteriza por la evidente puesta en peligro del menor, siendo éste un elemento no contemplado en la sustracción.<sup>42</sup> En cuarto término, algo más discutible, sostenemos que la sustracción debería pertenecer exclusivamente a la esfera del derecho civil, quedando en el plano del derecho penal las implicaciones y consecuencias derivadas de dicha conducta, que a su vez son constitutivas de delitos (desacato y/o de ejercicio indebido de un derecho, maltrato psicológico infantil, por ejemplo); ahora bien, es indiscutible que el tráfico internacional pertenece tanto a la esfera del derecho civil (localización y restitución del menor a su última residencia habitual) como a la esfera

<sup>40</sup> Zamora Jiménez, A., *Manual de Derecho Penal, parte especial, análisis de los delitos en México...*, cit., p. 278.

<sup>41</sup> Es por ello que afirmamos que la diferencia no está en el elemento subjetivo, esto es, en quién comete la conducta, sino en el objetivo que se persigue alcanzar con dicha conducta; es por ello que ponemos en cuarentena las afirmaciones vertidas por Benavides y Ramírez cuando afirman que “cuando la sustracción ocurre entre estos familiares se habla de sustracción y/o retención ilegal pero si involucra a terceras personas con fines comerciales, se trata de tráfico internacional de personas menores de edad”; Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A. “La ilicitud en el traslado del menor de edad”,..., cit., p. 95.

<sup>42</sup> En este punto Cobo del Rosal señala que “Desde la perspectiva técnica, en modo alguno se requiere la existencia de un peligro concreto aunque la sustracción lo implique —que pudiera no ocurrir así—, y el legislador en su día lo haya presumido. El peligro, que en este caso sería *abstracto*, funcionó tan solo como motivo del legislador; pero, desde luego, no es obligada su afirmación y *concreción* para la existencia del delito...en nuestro caso, pues, no es posible configurar la “sustracción de menores” como un delito de “peligro concreto, y el abstracto —a pesar de carecer de valor funcional, en referencia con el juego del bien jurídico— queda embebido, por así decir, en la verdadera y propia lesión de los derechos y deberes que componen la patria potestad, tutela y guarda...en referencia con la estimación de que supone un ataque o puesta en peligro de la “seguridad individual” de la vida o integridad física del menor, si bien de facto pudiera suceder con frecuencia, no es exigible para que subsistan como delictivas dichas conductas y sean inscribibles en los citados artículos”. Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la “sustracción de menores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XIV, Fascículo II, mayo-agosto, 1961, p. 228.

del derecho penal (la sanción de la/s persona/s que cometieron o ayudaron a cometer o intentaron cometer dicho ilícito penal). Una afirmación que viene sustentada por el contenido de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de Edad. Un quinto criterio divergente radica en el traslado y retención del menor; así, mientras que la sustracción puede configurarse con un traslado lícito o ilícito y con una retención siempre ilícita, el tráfico presenta siempre un traslado y una retención siempre ilícita.<sup>43</sup>

## V. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS FIGURAS DE TRÁFICO Y SUSTRACCIÓN

El principio del interés superior del menor está adquiriendo actual impacto y novedad en el contexto normativo mexicano; ya no es suficiente con afirmar que este principio representa la columna vertebral de actual "siglo del puerocentrismo",<sup>44</sup> que es un concepto jurídico indeterminado que deriva en una innegable subjetividad y por ende en la relatividad de soluciones, *ad intra* y *ad extra*, derivado todo ello de la volatilidad (personal, territorial, temporal y jurídica).

La actualidad de este principio se debe a las dos recientes reformas constitucionales, publicadas en el *DOF* del 12 de octubre de 2011, en concreto nos referimos a la adición de la fracción XXIX-P del artículo 73,<sup>45</sup> y a las reformas del artículo 4o. en sus fracciones sexta y séptima.

Por lo que hace al primero de estos artículos adicionados, podemos entender que facultada directa y expresamente al Congreso de la Unión para legislar en esta materia, señalando las bases generales de coordinación entre los cuatro órdenes de gobierno (federación, entidades, Distrito Federal y municipios). Una distribución de competencias que debe encuadrarse en el modelo de federalismo "cooperativo"<sup>46</sup> sobre el que se debe asentar la República Mexicana.<sup>47</sup>

Por lo que se refiere al artículo 4o. fracciones sexta y séptima<sup>48</sup> marca el paso necesario para el reconocimiento de la minoridad como sujetos de derecho, titulares de los mismos y protagonistas de su futuro.

<sup>43</sup> Esta diferencia es importante de cara a fijar el criterio competencial del *forum loci delicti commissi* (el foro de la comisión del hecho ilícito), mientras que en la sustracción será vital determinar si el traslado del menor a otro Estado fue lícito o ilícito a fin de materializar este criterio competencial (no siendo necesariamente el lugar de su traslado el mismo de la comisión del hecho ilícito), en el tráfico el *forum loci delicti commissi* siempre será el del lugar del traslado del menor desde que en este caso el acto del traslado siempre se considerará ilícito.

<sup>44</sup> "Esta afirmación significa que, hoy día, las normas de DIPr. relativas a los menores están construidas sobre el principio del "interés del menor" y que se interpretan también con arreglo a dicho principio del "interés del menor". Véase Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *Derecho de familia internacional*, 4. ed., España, Colex, 2008, p. 326.

<sup>45</sup> "Expedir leyes que establezcan la *conurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios*, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el *interés superior de los mismos* y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte".

<sup>46</sup> Carbonell, M., "La reforma constitucional al artículo 73 en materia de turismo", *loc. cit.*, p. 250.

<sup>47</sup> Una adición que no está exenta de críticas, véase Carbonell, M., "La reforma constitucional al artículo 73 en materia de turismo", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, julio-diciembre de 2004, p. 247.

<sup>48</sup> "En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el *principio del interés superior de la niñez*, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de *alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral*. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios".

Una actualidad en la que también contribuye el sistema interamericano, concretamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su fase consultiva a la hora de emitir, principal que no exclusivamente,<sup>49</sup> la Opinión Consultiva OC-17/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, así como en la fase contenciosa en la resolución de los dieciséis casos resueltos a la fecha.<sup>50</sup>

Resta señalar que el principio de interés superior del menor debe ser configurado en atención a las distintas características, exigencias e implicaciones de las figuras de sustracción y tráfico.

Por lo que hace a la figura de sustracción, este principio debe dibujarse en atención al derecho del menor a convivir con sus padres (no a la inversa). Un derecho que debe venir acompañado de un proceso restitutorio, que, *a priori*, debe ser concedido a favor del padre sustraído. Lo anterior, como regla excepcional, debe impedirse si se cae en una de las causales recogidas en los artículos 12 y 13 de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, y artículos 11 y 12 del Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores.

Por lo que hace a la figura de tráfico, el principio del interés superior del menor, presenta distintas vertientes: cuando se refiere a la explotación sexual se contextualiza en la indemnidad o intangibilidad sexual del menor de edad; si nos referimos a la arista de la explotación laboral, el principio se concreta en el derecho a la educación y el derecho a un futuro digno; por último, si nos referimos a la remoción de órganos, este principio se diseña teniendo presente el derecho a la salud y a la integridad física.

## VI. CONCLUSIONES

Primera. Definitivamente existe una barrera tenue que motiva el equívoco semántico y de fondo entre conceptos que en apariencia son sinónimos y que sin duda se refieren a realidades muy distantes y diversas.

Segunda. Debemos ser precisas al concluir que la figura de tráfico internacional de menores presenta rasgos que si bien la hacen asemejarse a otras figuras, como la trata de personas o la sustracción internacional de menores, es necesario diferenciarlas.

Tercera. Si bien ambas figuras presentan como “principio del interés superior” del menor la necesaria protección, íntegra y global, de este sector poblacional, la diferencia se marca en el diseño y concretización del mismo. Concretamente en la figura de tráfico este principio se enmarca en la indemnidad sexual, el derecho a la salud, el derecho a un futuro digno y a la integridad física del menor. Por su parte, en la figura de sustracción se concreta en el derecho del menor a convivir, en armonía y plenitud, con sus progenitores, con absoluta independencia de la orientación sexual que éstos tengan.<sup>51</sup>

Cuarta. La lucha contra las redes de delincuencia organizada resulta más eficaz si se enfrenta y se pelea desde los distintos procesos de integración. Entendemos que estos procesos de integración no deben estar basados exclusivamente en criterios economicis-

<sup>49</sup> De igual importancia destacamos los comentarios emitidos acerca del “castigo corporal como método de disciplina contra los menores de edad”.

<sup>50</sup> 1. Caso de los Niños de la Calle –Villagrán Morales *et al.*— vs. Guatemala; 2. Caso Bullacio vs Argentina; 3. Caso Molina Theissen vs. Guatemala; 4. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú; 5. Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay; 6. Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala; 7. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana; 8. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia; 9. Caso de la Masacre de Ituango vs. Colombia; 10. Caso Servellón García y otros vs. Honduras; 11. Tiu Tojín vs Guatemala; 12. Caso González y otras — “Campo Algodonero”— vs. México; 13. Caso masacre de las Dos Erres; 14. Chitay Nech vs. Guatemala; 15. Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay y 16. Rosendo Cantú vs. México.

<sup>51</sup> La anterior aseveración se realiza en el marco del caso Karen Atala e hijas vs. Chile.

tas; lo anterior nos condenaría a olvidarnos de que el ser humano está en la base y en la cúspide de todo proceso de integración y de que amerita en todo punto la protección de los derechos personales fundamentales. Es por ello que sólo considerando estos procesos de integración como un medio para alcanzar distintos fines es cuando lograremos elevar la calidad de vida, proteger la dignidad humana y respetar los derechos fundamentales. Lo anterior sin descuidar que los procesos de integración se enfrentan a la difícil tarea de constituirse en un medio para construir realidades sociopolíticas de distinto calado y de problemáticas completamente dispares.<sup>52</sup>

Quinta. Aprovechamos las presentes líneas para reafirmar la necesidad de que México se adhiera a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y en este caso, se sume a la lista de quince países que ya forman parte de la misma. El último país en incorporarse en fechas recientes es República Dominicana, ejemplo a seguir por México. Si bien existen varios convenios y protocolos ratificados sobre esta materia encontramos algunas diferencias respecto a la Convención Interamericana:<sup>53</sup>

- 1) Obligación de colaboración con Estados no parte (artículo 4o.);
- 2) Autoridades centrales (artículo. 5o.);
- 3) Legitimados para solicitar localización y restitución del niño (artículo 12).
- 4) Jurisdicción para entender la solicitud de localización y restitución (artículo 13).
- 5) Eximición del requisito de legalización de documentos (artículo 15).
- 6) Establecimiento de medidas inmediatas de protección (artículo 16).
- 7) Situación respecto a adopciones, guardas o custodias vinculadas con el tráfico (artículos 18 a 20).
- 8) Beneficio de gratuidad (artículo 22).
- 9) Ejecución de sentencias penales en relación con resarcimiento de daños y perjuicios (artículo 23).
- 10) Posibilidad de establecer procedimientos y prácticas más expeditos y/o favorables (artículo 24).
- 11) Imposibilidad de oponer excepciones en el juicio civil si hay sentencia condenatoria en otro Estado (artículo 26).

Dichas diferencias justifican la necesidad de ratificar la mencionada Convención Interamericana.

<sup>52</sup> Dreyzin de Klor, Adriana, *El Mercosur. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavalia, 1997, p. 58.

<sup>53</sup> Nahid Cuomo, María de los Ángeles, "Protección internacional de la infancia contra el tráfico, la explotación sexual y a pornografía: la integración, clave para la eficacia de las reglas protectoras", Fernández Arroyo, Diego P. y Obando Peralta, Juan José (coords.), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, Paraguay, CEDEP, 2011, pp. 301-320.