



## INTRODUCCIÓN

El siglo XXI es denominado, con toda justicia, como el siglo del “puerocentrismo”,<sup>1</sup> la anterior denominación se debe principalmente a que el vértice, de una integral protección en toda relación paterno-filial, pasa del matrimonio al hijo; la atención se enfoca ahora, y de manera indiscutible, en la figura que representa el menor, al ser éste la pieza más vulnerable en toda relación familiar, de esta forma sostenemos que la protección del menor debe representar el aspecto más importante en una sociedad que debe ser capaz de admitir cambios y adaptarse a ellos en la transición hacia una nueva concepción de la figura que representa, la cual, además debe englobar y armonizar tanto su ámbito jurídico como social. Lo anterior implica el reto de admitir la existencia de deficiencias y como consecuencia la superación de una concepción de la protección ampliamente desfasada del menor. Así, debemos tener conocimiento de que ante nuestros ojos y en nuestras manos está un sector altamente vulnerable donde el eje principal no debe venir representado por las personas adultas que conforman la familia y el entorno del menor sino por el propio menor.

El reconocimiento de que se trata de un sector vulnerable se justifica por sí mismo y en este sentido lo encontramos explícitamente manifestado en la Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concretamente en la intervención de Costa Rica al señalar que

<sup>1</sup> Como bien señala la doctrina *iussprivatista* “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*, 4a. ed., Colex, España, 2008, p. 326.

...a nivel internacional se ha reconocido la existencia de un principio universal de protección especial a la niñez, en razón de encontrarse en una posición de “desventaja y mayor vulnerabilidad” frente a otros sectores de la población y, por enfrentar necesidades específicas.<sup>2</sup>

Sin duda este reconocimiento es el punto de partida necesario para entender y justificar estas líneas y así dar pleno sentido a nuestra propuesta. En este orden de ideas se ha sostenido, con justa razón, que

...un derecho internacional privado puerocéntrico arranca de la idea siguiente: el menor es el sujeto a proteger con preferencia a cualquier otro sujeto implicado, como los padres, los terceros, o la Administración. El “interés del menor” prevalece y los intereses de otros sujetos pasan a segundo plano.<sup>3</sup>

Así, este giro en la concepción de la protección subjetiva presenta múltiples aristas que se entrelazan para dar pleno sentido a este siglo del “puerocentrismo”; así las cosas, no cabe desconocer las facetas educativa, social, jurídica, cultural y económica que se deben conjugar necesariamente pues la suma de todas ellas forma un “todo” que denominamos “menor” el cual piensa, ríe, siente, juega y disfruta. Para poder aterrizar estas ideas afirmamos que el adjetivo “puerocentrismo” se ha materializado en dos planos concretos: “a) La emergencia de los «derechos del niño»; b) Los nuevos textos de derecho internacional privado centrados en la persona del menor”.<sup>4</sup>

Estas nuevas ideas, preocupaciones y problemáticas que están calando en nuestra sociedad deben tener un necesario reflejo en el plano normativo; no podemos admitir un desfase o un atraso en cualquiera de ellas ya que esta situación afectaría notablemente el avance en la protección de los derechos que se

<sup>2</sup> Véase *www.iin.oea.org*, visitada el 21 de abril de 2008.

<sup>3</sup> Véase Calvo Caravaca *et al.*, *op. cit.*, p. 327.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 327 y 328.

deben reconocer a los menores. Así las cosas, la conjunción y suma de todas las ideas proteccionistas que deben rodear a un menor deben representar los pasos necesarios para dar sentido a la normativa relativa y específica de quienes en breve se convertirán en el sustento de una sociedad. En concreto nos referimos a la necesaria protección y estricto cuidado que debe imperar a la hora de constituir una adopción, tanto nacional como internacional, en tanto que cualquier descuido puede llegar a convertirse y traducirse en la contracara del tráfico internacional de menores. Lo anterior se sostiene con el firme propósito de evitar que la adopción se convierta en un vehículo “lícito” para un negocio tan lucrativo en el que el menor se transforma en un objeto válido para una eventual explotación sexual, laboral o para la remoción de sus órganos. Por ello es que queremos animar a marcar, normativa y socialmente, una línea tan clara como gruesa, que impida en todo punto el paso de una figura lícita (la adopción) a una ilícita (el tráfico), y lo peor, que dicho cruce se realice con el beneplácito de una sociedad dormida o acostumbrada, por tradición o inercia, a una realidad inadmisibles. Esta es la meta final a la que quieren conducir las próximas líneas.

Ante este panorama, en el presente escrito queremos abordar el contexto normativo mexicano que en la actualidad se ofrece tanto de la adopción internacional como del tráfico internacional de menores, en el que incluimos, por la estrecha relación material que entre ellos existe, todo los instrumentos convencionales relativos a publicaciones obscenas y trata de personas. El examen normativo se realizará tanto desde el plano convencional como autónomo o de origen interno, vigente en México, con el propósito de dar una idea general e integral de los instrumentos con los que contamos para dar una solución en México a las agresiones que pueda sufrir el desarrollo de un menor. Todo ello es complementado con la trascripción de aquella jurisprudencia mexicana que se ha pronunciado sobre las implicaciones del interés superior del menor.

Por un lado, vamos a hacer hincapié en la utilización efectiva de la normativa convencional y todas las bondades que derivan de

la misma, como puede ser, por ejemplo, la concreción de convenios bilaterales, a tenor del artículo 39.2 del Convenio de La Haya de 1993, que pueden dar claridad, transparencia y agilidad a la adopción internacional entre los Estados implicados. Por otra parte, se expondrán las bases para determinar qué medidas legislativas consideramos pertinentes tomar con el fin de evitar caer en supuestos de conversión de adopción internacional en tráfico internacional; para ello, un punto importante, que no el único, consiste en analizar la fragilidad que, para nosotros, representa la declaración interpretativa que México hizo a la Convención Interamericana sobre ley aplicable a las adopciones internacionales, concretamente a tenor de su artículo 20. Sólo en la medida en que se conozca la debilidad y delgadez de este tipo de declaraciones interpretativas podremos ser capaces de cambiarlas, matizarlas o simple y radicalmente eliminarlas. Cuando admitamos la fácil convertibilidad de lo lícito a lo ilícito que estas declaraciones pueden representar ante su actual lectura e interpretación, evitaremos que sencillos casos de adopción internacional pasen a ser deleznable actos de tráfico internacional orquestado en el seno de grupos de delincuencia organizada.<sup>5</sup> En concreto consideramos que esta declaración interpretativa, como ya mencionamos, de dudosa aceptación, unida a la falta de ratificación de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, es el caldo de cultivo para dejar un hueco abierto para la comisión o la tentativa de comisión del cúmulo de actos ilícitos que conlleva la configuración normativa y tipificación jurídica del tráfico internacional de menores.

A lo anterior cabe hacer un pequeño matiz, a saber, al abordar la figura de tráfico internacional del menor lo haremos desde la arista civil que la misma presenta, pues es en ella donde encontramos puntos conflictivos que nos llaman la atención y nos

<sup>5</sup> Hablamos de la delincuencia organizada como principal promotor de los supuestos de tráfico internacional de menores desde que, de conformidad con el artículo 2o. de la Ley de Delincuencia Organizada, se necesita la presencia y suma de más de tres personas para tipificar el delito como “delincuencia organizada”.

preocupan. En este sentido nos enfocaremos a analizar y criticar propositivamente la ausencia, en la regulación convencional y autónoma o interna, que en la actualidad mexicana presenta la localización y la restitución de un menor víctima de un acto de tráfico internacional. Este enfoque civil no implica desmerecer o desconocer la importancia que debe otorgarse al plano penal del tráfico internacional de cualquier menor. Sin embargo, consideramos que esta arista, la persecución y el castigo de la comisión o de la tentativa de comisión del tráfico internacional de un menor, está bien determinada, tabulada y tipificada, en el contexto de la legislación penal mexicana, tanto federal como estatal. Si bien pudiera parecer que la cara penal del tráfico internacional es la más importante, queremos dar un vuelco a esta concepción e intentar justificar por qué a nuestro juicio la cara civil es igual o más importante que la penal, que no hay que subestimarla y por ende dejarla arrinconada. En ese contexto, consideramos que ambas disciplinas jurídicas deben ser reguladas de manera complementaria e igual, y deben contar con las mismas oportunidades de previsión y tratamiento normativo. Si una de estas facetas no está contemplada, normativamente hablando, o aunque esté, no se realiza de manera correcta, completa y actualizada, es imposible dar una protección integral al menor ante este supuesto ilícito, una protección destinada a la erradicación social de esta lacra.

Así las cosas, si la cara penal representa el intento de prevenir o en su caso el de castigar a la persona o personas que atentan o intentan atentar contra la integridad y el libre desarrollo sexual de un menor o su desarrollo laboral, por su parte la cara civil representa la necesaria localización y correlativa devolución del menor al estado de su última residencia habitual; actos que se deben realizar a la mayor brevedad posible con el fin de evitar que el menor sufra secuelas físicas y/o psicológicas irreparables que marquen el resto de su vida. Por ello es que queremos retomar la idea de regular correctamente la arista civil que se presenta en todo acto de tráfico internacional de menores. El reto anterior viene representado y motivado por la comprobación de una ausencia tanto

autónoma o interna como convencional que México tiene en la actualidad para afrontar y dar adecuada respuesta al fenómeno de la localización y de la restitución de todo menor. Esta ausencia se observa aun a pesar de contar con una red convencional prolfica en materia de trata de personas. Sin embargo, el hueco de establecer las autoridades judiciales y/o administrativas encargadas de localizar y restituir al menor, no desaparece a pesar de la existencia de tanto instrumento convencional que más parece un marco de buenas intenciones que un marco que posibilite materializar el deseo de localizar y restituir a un menor.

De forma resumida sostenemos que si bien la adopción, tanto nacional como internacional, es una figura de apariencia inocua e inofensiva, puede encerrar determinados recovecos que pueden, si no tenemos el debido cuidado, transformar esta figura en un hecho ilícito que afecte irreversiblemente al menor. Por ello, partiendo de la adopción, veremos el puente fácilmente transitable que representa la declaración interpretativa mencionada y el problema a que ella nos puede conducir, esto es, al tráfico internacional de menores. Lo anterior nos servirá para poner al descubierto la deficiencia que en la actualidad presenta la República mexicana en la regulación de la protección civil en la figura de tráfico internacional de menores. Estimamos que ningún sentido tiene hablar y alabar a este siglo como el “siglo del puerocentrismo” si, aterrizado al plano social y normativo, no estamos tomando las decisiones normativas correctas para impedir, prevenir, o, en su caso castigar actos que puedan dañar física y psicológicamente al futuro sustento de toda sociedad. Por ello es que pondremos al descubierto una importante deficiencia que presenta la protección actual del menor en el contexto mexicano; lo anterior con el único propósito de concientizar a la sociedad de la necesidad de cuidar, proteger y ayudar a nuestros menores a que tengan una infancia feliz, necesaria y merecida.

Para finalizar, tenemos que hacer hincapié en que el instrumento convencional por excelencia que materializa la protección del menor es el Convenio de Naciones Unidas sobre los Dere-

chos del Niño de 1989, un instrumento internacional que viene a representar el marco que da sentido y enuncia los derechos fundamentales de todo menor y el cual constituye la referencia primigenia cuando de protección internacional del menor hablamos. En este contexto de ideas queremos preguntarnos si todos los Convenios internacionales que afectan al derecho internacional privado están en plena consonancia con dicho Convenio marco y, en su caso, si es necesario realizar algunos ajustes en orden a dar plena armonía a los compromisos internacionales en materia de protección a los menores. Esta es una de las razones por la que comenzamos a analizar el Convenio de Naciones Unidas.