

CAPÍTULO SEGUNDO

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. CONTEXTO NORMATIVO

I. LA DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959

Esta Declaración fue proclamada por la Asamblea General en su Resolución 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959 y es por ello que en el año en curso nos damos a la tarea de celebrar sus cincuenta maravillosos años de vida.

Este instrumento tiene un cuerpo normativo escueto compuesto por un preámbulo y diez principios, constituyendo esta estructura una importante novedad. De los principios que recoge destacamos su concreción y puntualidad a la hora de enumerar los derechos que deben ser atribuidos a un menor de forma inviolable, personal e irrenunciable, constituyendo todos ellos un excelente marco de buenas intenciones. La única apreciación crítica que podemos hacer respecto a este instrumento es la falta de previsión de autoridades que materializarán y harán realidad este catálogo de derechos en la vida cotidiana de los menores. Es decir, no crea los medios para hacer realidad un deseo que todos compartimos.

El punto de partida que inspira el preámbulo es considerar al niño, por su falta de madurez, física y mental, como un ser humano necesitado de protección y cuidados especiales, por lo que se le debe dar una protección legal adecuada y plena tanto desde su condición como *nasciturus* como con posterioridad a su nacimiento y desarrollo de la infancia.

El objetivo de esta Declaración queda marcado de manera explícita al mencionar que:

...el menor o niño pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente, y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente.

El principio 1 establece un principio de igualdad de pleno goce de los derechos enumerados en esta Declaración, así como de un principio de no discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición.

El principio 2 establece la necesidad de una protección especial para el menor, el cual debe disponer de oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal. Todo lo anterior inspirado siempre en un marco de dignidad y libertad.

El principio 3 determina el derecho del niño desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

En referente al principio 4, éste extiende al menor todos los beneficios que implica la seguridad social, en concreto, el derecho a crecer y desarrollarse con salud. Tanto él como su madre, deben contar con cuidados especiales que incluyan la etapa prenatal, natal y postnatal; en este sentido, se reconoce el derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

El principio 5 se refiere a los niños que física o mentalmente tienen algún tipo de discapacidad o sufren algún tipo de impedimento social, reconociéndose en estos casos, el derecho a recibir el tratamiento, educación y cuidado especiales que requieren.

El principio 6, siendo uno de los principios más vagos e idílicos, establece el pleno derecho al amor y a la comprensión; para

ello se prevé el derecho a vivir y crecer con sus padres, en un ambiente de afecto y seguridad, tanto moral como material. En este contexto, el niño no debe separarse de su madre salvo circunstancias especiales, principalmente cuando es un menor de corta edad. En ausencia de los padres, la sociedad y las autoridades públicas tienen la obligación de cuidar al menor. Concluye este principio señalando que las familias numerosas pueden contar con subsidios estatales o de otra índole.

En relación al principio 7 podemos decir que se establece el derecho a la educación gratuita y obligatoria, para las etapas elementales, la cual favorezca su cultura general, permitiéndole desarrollar sus aptitudes y juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social. Este principio debe ser destacado desde que de manera explícita reconoce el *interés superior del menor* como el principio rector para todas aquellas personas que deben educar y orientar al menor correspondiendo en primer término dicha obligación a los padres. En la cláusula *in fine* de este principio, se establece que el niño debe disfrutar de juegos y recreaciones.

El principio 8 expresa que el niño debe ser el primer sujeto en recibir protección y socorro.

El principio 9 establece la protección del menor de toda forma de abandono, crueldad y explotación, no debiendo ser objeto, en ningún caso, de trata. En este mismo sentido protector se encamina este principio al señalar que el menor no debe trabajar antes de una determinada edad. Esta responsabilidad descansa en que cualquier empleador no debe ocupar o emplear a los menores y menos aún cuando esto pueda ser perjudicial para su salud, educación, desarrollo físico, mental o moral.

El último de los principios, el 10, establece la protección de los menores de cualquier discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Establece la obligación de que el menor sea educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal. Igualmente, debe ser educado con la plena conciencia de que debe respetar a sus semejantes.

II. LA CONVENCION AMERICANA DE 1969 (PACTO DE SAN JOSÉ)

En el marco político regional de la Organización de Estados Americanos (OEA), dentro de lo que se considera como el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, encontramos un instrumento emblemático encargado de la protección de los derechos humanos, nos referimos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este Convenio se enmarca, teóricamente, en el reconocimiento del respeto y la garantía necesarios para tutelar los derechos básicos de las personas. Por otra parte, tenemos que subrayar que el impacto de esta Convención no solamente es teórico sino también práctico desde que cuenta con un órgano jurisdiccional de supervisión, esto es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual México es parte desde el 24 de marzo de 1981, siendo obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de dicha Corte el 16 de diciembre de 1998. La doctrina se ha referido a este Convenio como el instrumento regional fundamental en materia de derechos humanos.¹²³ Reconocimiento al que nos unimos de manera incondicional.

Según García Ramírez el compromiso del cumplimiento del contenido y alcance de este Convenio no solamente es una cuestión puramente estatal sino también de la sociedad civil “—el pueblo— y las organizaciones creadas por ésta (conocidas bajo el rubro de «no gubernamentales»: ONG’s), que han prestado un servicio eminente al acceso de los individuos a la tutela nacional o internacional de los derechos básicos”. Igualmente, no cabe olvidarnos, como nos reitera este destacado autor de “otros personajes emergentes: académicos, comunicadores, *ombudsman*, por ejemplo, que cumplen un papel cada vez más destacado en este campo”.¹²⁴

¹²³ González Espinosa, O., *op cit.*, pp. 182 y 183.

¹²⁴ García Ramírez, S., *op. cit.*, p. 54.

Una de las características más importantes que se puede mencionar de la Convención Americana es el reconocimiento de los derechos en dos planos; un primer plano denominado como los “derechos para todos”,¹²⁵ de alcance general; y un segundo plano que recoge derechos específicos, es decir, aquellos que se refieren a los niños, adolescentes o menores.

De un rápido repaso de este catálogo de derechos, encontramos las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2o. de la Convención, los cuales constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado por violaciones a la misma.¹²⁶ Sin duda consideramos que ellos refuerzan la aplicación y efectividad de este instrumento convencional.

Por su parte, el artículo 5o. habla del derecho a la integridad personal, concretamente, su párrafo 5 contempla una vía jurisdiccional especial para las personas menores de edad, y en este sentido aclara García Ramírez, que

...cuando los menores puedan ser procesados deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. Destacan pues algunos prevenciones que responden a otras tantas preocupaciones: especialidad una vez más, clasificación procesal e institucional, diligencia y tratamiento.¹²⁷

Otro artículo que no puede pasar desapercibido es el artículo 19 de la Convención que comentamos; este artículo menciona el derecho del niño a una necesaria protección, el cual debe ser considerado como un derecho necesario y complementario al catálogo mencionado y que se pueda contemplar alrededor de toda persona; lo anterior por tratarse de personas cuyo desarrollo necesita específicas medidas de protección. Así las cosas, el artículo 19 es calificado por Sergio García Ramírez de referencia

¹²⁵ *Ibidem*, p. 55.

¹²⁶ González Espinosa, O., *op. cit.*, p. 189.

¹²⁷ García Ramírez, S., *op. cit.*, p. 55.

central y en este sentido, establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor (de edad) requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Corroboramos la afirmación anterior, apoyándonos también en González Espinosa que determina que este artículo 19 es la principal norma de la Convención en relación con la protección de la niñez,¹²⁸ al ser considerada su inclusión en un tratado como de gran avance. La doctrina señala atinadamente que este artículo 19 debe ser objeto de una interpretación “dinámica y evolutiva”¹²⁹ como una nota característica que debe acompañar a todos los tratados de derechos humanos. Como última idea a éste artículo 19, podemos ver que es objeto de estudio, análisis y determinación y en este sentido la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre condición jurídica y derechos humanos del niño tenía como fin saber si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación con los niños, al tiempo que solicita formular criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.¹³⁰

Como colofón al recorrido realizado por estos Convenios, así como para los que vamos a comentar a continuación, estimamos que todos estos instrumentos convencionales, como bien señala la doctrina, forman parte de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”.¹³¹

¹²⁸ González Espinosa, O., *op. cit.*, p. 184.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ La doctrina afirma que “con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen «límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados» en relación a niños y, asimismo, solicitó de manera poco clara, la «formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana»”, *ibidem*, p. 196.

¹³¹ *Ibidem*, p. 184.

III. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989

1. *Introducción*¹³²

El marco normativo en el que debemos situar la protección del menor en términos genéricos es, sin duda, la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989. Una Convención joven de la que apenas estamos celebrando los veinte años de vida. Como ha señalado la doctrina “representa el referente legal supremo al cual tienen que replegarse todos los sistemas jurídicos del mundo (excepto uno) para dar cumplimiento adecuado a dichos derechos”.¹³³ La citada excepción la representa Estados Unidos quien a la fecha no ha ratificado este instrumento convencional. Por su parte Somalia, el otro Estado que en un primer momento no lo ratificó, se adhirió hace unos años a él, concretamente en febrero de 2002. Por lo anterior, y como bien afirma la doctrina “ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la ONU, salvo Estados Unidos”.¹³⁴

Iniciemos con un breve recorrido por su historia para entender el contexto en el que se gestó. Este Convenio sale a la luz el 20 de noviembre de 1989 después de 10 años de negociaciones y siempre rodeado de muy buenos augurios.¹³⁵ Pero la espera valió

¹³² Para ver el proceso de recepción del derecho internacional en el ordenamiento interno mexicano, recomendamos ampliamente la lectura de Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, 2006, pp. 101-147.

¹³³ García, D., “Las obligaciones internacionales de México respecto del sistema de justicia penal juvenil”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 327 y 328. De esta opinión encontramos a Moya Escudero, M. *op. cit.*, p. 2, quien señala que este instrumento convencional es “considerado por los proponentes del convenio como el escalón más alto en la protección y promoción de los derechos del niño, una vez ratificado por 22 naciones, se ha convertido en el cuerpo definitivo de derecho internacional sobre los derechos del niño”.

¹³⁴ Véase Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 327.

¹³⁵ Antes de que esta convención entrara en vigor se auguraba que “cuando entre en vigor, esta convención establecerá normas para la protección de la

la pena desde que este instrumento refleja el consenso de un elevado número de Estados respecto a lo que debe ser un verdadero catálogo de derechos que han de ser reconocidos a los menores. Un listado de derechos que cuenta en total con un preámbulo y 54 artículos.

Si uno de los parámetros para medir el éxito de un instrumento convencional es el número de Estados (criterio puramente cuantitativo) que lo incorporan en sus ordenamientos jurídicos, sin duda, estamos ante uno de los Convenios internacionales más exitosos. Este elevado número de ratificaciones se ha convertido en una “de las fortalezas morales”¹³⁶ de esta Convención. Como bien señala la doctrina “ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por esta Convención”.¹³⁷ Este éxito traducido en criterios cuantitativos representa un fiel reflejo en el impacto que puede llegar a tener. Es una sencilla ecuación: cuanto más elevado es el número de Estados, mayor es el impacto que su contenido y aplicación alcanza. En este sentido como se ha señalado “es pues, excepcional su potencial para lograr una ratificación a gran escala, la cual es vital para ejercer el mayor impacto posible”.¹³⁸ Quizá por este alto índice de ratificaciones la doctrina ha señalado que pueda llegar el momento en que se considere “Ley universal”.¹³⁹ Si a lo anterior añadimos que su ratificación por los veinte países que eran necesarios para

infancia acordadas universalmente y proveerá un marco inestimable para la defensa de los niños y de su familia, así como para la elaboración de políticas y programas destinados a garantizar un porvenir más sano y seguro para la infancia mundial”. Véase López Echeverry, O., “Situación, naturaleza y perspectivas del proyecto de convención, sobre los derechos del niño”, *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 12.

¹³⁶ García, D., *op. cit.*, p. 328.

¹³⁷ Bellof, M., *op. cit.*, p. 84. De parecida idea encontramos a Amar Amar, J. *et al.*, *Infancia, familia y derechos humanos*, Barranquilla, Uninorte, 2005, p. 30.

¹³⁸ Véase López Echeverry, O., *op. cit.*, p. 21.

¹³⁹ Cárdenas Miranda, E. L., “Adopción internacional”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, p. 34.

su entrada en vigor se produjo en menos de un año, apunta a que estamos ante un texto convencional ciertamente exitoso, de indudable trascendencia social y jurídica. En este sentido se ha llegado a afirmar que estamos ante el Convenio que “más rápidamente entró en vigor en la historia de los tratados de derechos humanos”.¹⁴⁰ La suma de estos datos da una primera idea certera de la importancia de este instrumento convencional.

Además de estos factores podemos señalar que el secreto de su éxito radica en otra serie de cuestiones que van desde las más simples a las más complejas. Una variada gama que abarca desde cuestiones de gran simplicidad a otras de cierta complejidad que no cabe desconocer. Por ejemplo, referente a su temática, nadie discute que los niños son considerados, junto con las personas de la tercera edad, las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos, por lo que requieren de una protección normativa adecuada y específicamente enfocada a sus debilidades. En cuanto al costo (administrativo, legislativo interno, de adecuación interna e implementación) que puede llevar aparejado su ratificación tampoco es muy elevado. Como bien se señala “el costo de no firmarlo es evidentemente mucho mayor”.¹⁴¹ El costo lo entendemos traducido en el marco de una reputación y una imagen internacional que debe ser cuidada.

En definitiva, este instrumento se ha convertido en “la piedra angular en la construcción de las políticas públicas, las reformas institucionales y las legislaciones respectivas”,¹⁴² en la “carta magna de la niñez”,¹⁴³ en el “documento central”,¹⁴⁴ en un

¹⁴⁰ Bellof, M., *op. cit.*, p. 84.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 96.

¹⁴² Ignacio Liwski, N., “Hacia un sistema integral de justicia y políticas públicas acordes con el marco jurídico internacional”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, p. 27.

¹⁴³ Etel Rapallini, L., *op. cit.*, pp. 101 y 102, y García Cano, S., *op. cit.*, pp. 541 y 542.

¹⁴⁴ Véase <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/1c.pdf>. Consultada el 17 de septiembre de 2008. Jiménez García, J. F., *Derechos de los niños*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 6.

“hito en la historia”,¹⁴⁵ en “la máxima jurídica de los derechos de la niñez”,¹⁴⁶ en “auténtico estatuto universal sobre derechos del menor”,¹⁴⁷ en el “paradigma de la protección del menor”¹⁴⁸ a la que deben mirar todas las ramas del derecho que se encarguen, con mayor o menor detenimiento, y desde su particular punto de vista, a la protección de los menores. Es por la suma de las anteriores circunstancias (criterio cuantitativo, consenso mundial, referencia y máxima jurídica, entre otras) que la doctrina ha asegurado que es un “documento admirable”.¹⁴⁹

Por lo anterior entendemos que este instrumento convencional es el marco en el que debe inspirarse toda la norma que pretenda regular relaciones jurídicas privadas internacionales. Lo anterior con absoluta independencia de que se trate de normas de carácter autónomo o convencional.

Antes de pasar a abordar las generalidades y particularidades que recoge la Convención en relación con las figuras de la adopción y del tráfico creemos oportuno abordar en esta introducción una breve pero necesaria interrogante que versa sobre la jerarquía aplicativa que tiene este instrumento convencional. Afirmamos con rotundidad que los Convenios son fuente del derecho, en concreto, y en función del 133 de la Constitución política mexicana:

...esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitu-

¹⁴⁵ Véase González Contró, M., “Derechos, necesidades y justicia penal para adolescentes”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 426 y 427.

¹⁴⁶ García, D., *op. cit.*, pp. 327 y 328.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 541 y 542.

¹⁴⁸ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 88.

¹⁴⁹ Aguilar Valdez, J. A., “La justicia de menores en México”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, p. 287.

ción, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.¹⁵⁰

Tras varias interpretaciones atinadas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sabemos que los tratados internacionales están situados en un escalón *infraconstitucional* pero *supralegal*. En concreto esta Convención debe estar en plena armonía con la Constitución y respetarla al tiempo que debe guardar armonía con las leyes que se sitúan en un plano aplicativo inferior. Así, este Convenio se puede clasificar como un tratado “marco”¹⁵¹ de derechos humanos, o como bien diría la doctrina “es una especie dentro de los tratados de derechos humanos”¹⁵² el cual “forma parte de ese universo”.¹⁵³ Lo anterior implica que es un compromiso internacional, asumido voluntariamente por los Estados, el cual debe ser cumplido o, como señala la doctrina, “que deben honrar”, una vez internado en el Estado, el cual debe estar en plena armonía con la Constitución y, las leyes autónomas con él.¹⁵⁴ Así, la inaplicación del instrumento convencional o su aplicación incorrecta deriva en “consecuencias serias”,¹⁵⁵ a saber, responsabilidad internacional.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Reformado mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de enero de 1934.

¹⁵¹ Etel Rapallini, L., *op. cit.*, pp. 101 y 102.

¹⁵² Bellof, M., *op. cit.*, pp. 91 y 92. De esta misma opinión encontramos a Amar Amar, J. *et al.*, *op. cit.*, p. 30 y a Cárdenas Miranda, E. L., *op. cit.*, p. 34.

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ Bellof, M., *op. cit.*, pp. 91 y 92.

¹⁵⁵ “Por consecuencias serias no me estoy refiriendo necesariamente a consecuencias desde el punto de vista de la fuerza. Hay diversas consecuencias disvaliosas para los Estados que incumplen sus obligaciones internacionales, que implican mayor o menor coactividad; pero que la coactividad o coerción a los Estados por el incumplimiento sea débil no autoriza a concluir que la CDN no es un orden normativo sino mera ficción o literatura”, Bellof, M., *op. cit.*, pp. 91 y 92.

¹⁵⁶ Se afirma en este sentido que “si alguien alega que el Estado no cumple con esta obligación podría denunciarlo, por ejemplo, en el informe de las ONG’s al comité de Ginebra o, eventualmente, ante un tribunal internacional”. Bellof, M., *op. cit.*, p. 93. En este orden de ideas Amar Amar *et al.*, *op. cit.*, p. 30

Este instrumento tiene no sólo la etiqueta sino también la fuerza de un Convenio internacional, lo cual pone cierta distancia respecto a la Declaración de 1959. Lo anterior desde que el Convenio tiene carácter vinculante y obligatorio, fuerza coercitiva, una vez firmado y ratificado, mientras que la Declaración es una sencilla formulación de principios sobre la protección de los menores sin efecto vinculante ni coercitivo. En este sentido se ha afirmado que “se trataba de un instrumento jurídicamente vinculante”.¹⁵⁷ Así, con la ratificación de este Convenio por parte de la República Mexicana llega el compromiso de adoptar todas las medidas legislativas o no, que sean necesarias para el cumplimiento de las obligaciones enumeradas en este instrumento convencional, entre ellas, adherirse a otros Convenios que garanticen la cooperación internacional y la protección de los menores.

2. Aspectos generales

En este apartado queremos abordar las cuestiones generales, los círculos concéntricos, que se determinan en este instrumento convencional tanto para la adopción como para el tráfico internacional de menores. Cuestiones generales que nos ayudarán a enmarcar los artículos específicos que se destinan a regular las dos figuras que abordamos de manera específica en estas líneas.

En primer lugar queremos conocer la cobertura de este instrumento convencional con la finalidad de aplicarlo correctamente y así dar pleno sentido a sus artículos 2.1 y 2.2, los cuales establecen que

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la

quienes señalan que: “Al ratificar el instrumento los gobiernos nacionales se han comprometido a proteger y asegurar los derechos de la infancia y han aceptado su responsabilidad ante la comunidad mundial por el cumplimiento de este compromiso”.

¹⁵⁷ González Contró, M., *op. cit.*, pp. 426 y 427 y Amar Amar *et al.*, *op. cit.*, p. 30.

raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.¹⁵⁸

2. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

En una segunda idea, y guiándonos por la Opinión Consultiva OC-17/2002, podemos clasificar los derechos que se incluyen en el Convenio en dos grandes grupos: *a*) respecto de niños, niñas y adolescentes en general y *b*) respecto de niños, niñas y adolescentes que han cometido un delito.¹⁵⁹ La suma de todos ellos “se ajustan a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y las niñas”.¹⁶⁰ Respecto a los primeros encontramos otra clasificación, siguiendo a Ortiz Ahlf:

a) de provisión (el derecho a poseer, recibir o tener acceso a ciertos bienes o servicios, ejemplo, atención sanitaria, educación, descanso y esparcimiento, atención al niño impedido y al niño privado de su ambiente familiar); b) de protección (el derecho a ser protegido contra cualquier perjuicio (como la separación de los padres), la

¹⁵⁸ En este sentido se ha llegado a afirmar que “Las disposiciones de la Convención se basan en el principio de la no discriminación. Se aplican a todos los niños independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición”, véase López Echeverry, O., *op. cit.*, p. 16. De parecido pronunciamiento encontramos a O'Donnell, D., “La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, p. 135, quien sostiene que “tradicionalmente, la legislación sobre la familia contenía normas discriminatorias con respecto a los niños nacidos fuera del matrimonio”.

¹⁵⁹ Véase www.iin.oea.org. Revisada el 17 de septiembre de 2008.

¹⁶⁰ Amar Amar, J. *et al.*, *op. cit.*, p. 31.

explotación económica o sexual, los malos tratos físicos o mentales, el alistamiento en las fuerzas armadas) y c) de participación (el derecho a ser escuchado cuando se tomen decisiones que afecten su vida y a medida que se desarrollan sus capacidades, el de tomar parte en las actividades de la sociedad, preparándose a ser un adulto responsable.¹⁶¹

De cualquier forma existen otras clasificaciones de los derechos reconocidos en este instrumento convencional igualmente válidas, como por ejemplo, la que ofrece Cárdenas Miranda en cuatro categorías: supervivencia, protección, desarrollo y participación.¹⁶² Respecto a los segundos encontramos, por ejemplo, la prohibición de la tortura y privación de la libertad; recuperación psicoafectiva; justicia; libertad; acceso a la información; responsabilidad de los padres y protección. Ahora bien, con independencia de que nos apeguemos a una u otra clasificación lo cierto es que el catálogo de derechos que reconoce hacen de este instrumento convencional un instrumento “integral, es decir, en ella no se separan los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales”.¹⁶³

En tercer lugar destacamos la concepción que este Convenio tiene respecto del menor y, en este sentido afirmamos que no lo concibe como un sujeto pasivo al que hay que proteger, ni como una carga para la sociedad, sino que por el contrario, lo dibuja como un ser humano al que se le atribuye un papel activo a desempeñar en la sociedad en la que vive y en la que debe crecer; un ser humano al que se debe respetar su dignidad y al que se le reconoce la necesidad de asegurar “su bienestar y su desarrollo”.¹⁶⁴ En este sentido, el logro más importante de este Convenio radica en el cambio en la concepción de los derechos atribuibles a los menores como agentes activos en una sociedad. Este cambio radical en

¹⁶¹ Ortiz Ahlf, L., *op. cit.*, pp. 243 y 244.

¹⁶² Cárdenas Miranda, E. L., *op. cit.*, p. 34.

¹⁶³ *Idem.*

¹⁶⁴ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 168.

la concepción del menor no pasa desapercibido ni para la doctrina ni para la Opinión Consultiva OC-17/2002.

Por lo que hace a la doctrina se ha señalado de forma unánime el impacto de esta Convención en la nueva concepción del menor como sujeto activo; así, se ha sostenido que:

...es indudable que en prácticamente todos los países latinoamericanos se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad en los últimos quince años, como consecuencia del impacto de la incorporación de la CDN al derecho interno. Esta transformación suele resumirse en el paso de una concepción de los “menores” —una parte del universo de la infancia— como objetos de tutela y protección segregativa, a la consideración de niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho.¹⁶⁵

Con distintas palabras pero con el mismo trasfondo se señala que:

la Convención implica, en América Latina, un cambio radical desde el punto de vista jurídico tanto como político, histórico y —muy especialmente— cultural. Con su aprobación por los países de la región se genera la oposición de dos grandes modelos o cosmovisiones para entender y tratar con la infancia. Las leyes y las prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención en relación con la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como “modelo tutela”, “filantrópico”, “de la situación irregular” o “asistencialista”, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas. A partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de Niño la discusión sobre la forma de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada desde esa perspectiva asistencialista y tutelar, cedió frente a un planteo de la cuestión en términos de ciudadanía y de derechos para los más jóvenes.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Bellof, M., *op. cit.*, p. 86.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 85 y 86.

Estas observaciones están en plena armonía con las diversas afirmaciones vertidas en la Opinión Consultiva OC-17/2002. En este sentido el Instituto Interamericano del Niño en su escrito del 7 de agosto de 2001 expresó que:

...a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, los Estados del continente iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral, en la cual se considera al niño como sujeto pleno de derechos, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección. En ésta se contempla una jurisdicción altamente discriminante y excluyente, sin las garantías del debido proceso, en la que los jueces tienen amplias facultades discrecionales sobre cómo proceder en relación con la situación general de los niños. Se dio así la transición de un sistema “tutelar represivo” a uno de responsabilidad y garantista en relación con los niños, en el cual la jurisdicción especial se enmarca en el principio de legalidad, siguiendo las debidas garantías y se adoptan medidas “orientadas al reparo a la víctima y reeducación del menor de edad infractor a la ley, relegando a casos absolutamente necesarios el internamiento” igualmente señaló que esta convención “desarrolló una nueva concepción que distingue entre abandono y conducta irregular. La primera figura requiere políticas de orden administrativo, mientras que la segunda supone decisiones de carácter jurisdiccional.”¹⁶⁷

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en esta Opinión Consultiva señaló que “la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyó la culminación de un proceso durante el cual se construyó el llamado modelo o doctrina de la protección integral de los derechos del niño”. Este nuevo sistema se caracteriza por: *λ*) reconocer a los niños como sujetos de derecho y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección, las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos, y prever prestaciones positivas

¹⁶⁷ Véase www.iin.oea.org. Revisada el 17 de septiembre de 2008.

que les permitan disfrutar efectivamente su derechos; *ii*) haber surgido con base en “los aspectos críticos” del modelo de la “situación irregular” que imperó en nuestra región por más de ochenta años; *iii*) dejar atrás la “judicialización” de asuntos exclusivamente sociales y el internamiento de los niños o jóvenes cuyos derechos económico, sociales y culturales se encuentran vulnerados; *iv*) evitar la utilización de “eufemismos justificados por el argumento de la protección”, lo cual impida emplear los mecanismos de protección de derechos fundamentales propios del debido proceso; *v*) brindar un trato diferenciado entre los niños cuyos derechos se encuentran vulnerados, y aquellos otros a quienes se les imputa la comisión de un hecho delictivo; *vi*) adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño y que de ninguna manera los vulnere, considerando el consentimiento del niño y de su grupo familiar; *vii*) desarrollar políticas públicas universales, así como “focalizarlas y descentralizarlas”, tendientes a hacer efectivos los derechos de los niños y *viii*) establecer un sistema de responsabilidad especial para adolescentes, respetuoso de todas las garantías materiales y procesales.¹⁶⁸

En esta misma Opinión Consultiva 17/2002 se señaló por parte de la Fundación Rafael Preciado Hernández AC de México que:

...se toma como punto de partida para el desarrollo del tema la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 1989, por ser el instrumento internacional que marcó el inicio de la doctrina de la protección integral que define a los infantes como sujetos plenos de derecho no como objetos de tutela.¹⁶⁹

Por su parte el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional en su escrito señaló que:

...la principal reacción frente al sistema de la “situación irregular” en el campo normativo fue la adopción de la Convención

¹⁶⁸ *Idem.*

¹⁶⁹ *Idem.*

sobre los Derechos del Niño en 1989, la cual significó un cambio de paradigma al reconocer a los menores como sujetos de derechos y establecer el principio del “interés superior del niño” como “una norma de resolución de conflictos entre derechos y/o como una guía para la evaluación de leyes, prácticas y políticas referidas a la infancia”.

Así como principios tales como el respeto a la opinión del niño, el principio de sobrevivencia y desarrollo y el principio de no discriminación.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, consagró normativamente la “doctrina de la protección integral”, mediante la cual se delimita la labor del juez a la resolución de conflictos de naturaleza jurídica, se fortalecen las garantías procesales y se establecen obligaciones a cargo del Estado de establecer “políticas de carácter integral que respeten los derechos y garantías protegidas” en la mencionada Convención.¹⁷⁰

En clara continuidad con esta nueva percepción y concepción del menor podemos destacar que este Convenio parte de reconocer al menor como sujeto y titular de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que pueden conformar el catálogo de derechos humanos. Con dos matizaciones derivadas de la etapa de crecimiento en la que se encuentra, por un lado, reconoce derechos específicos (por ejemplo, derecho de ser oídos de conformidad con su grado de madurez, desarrollo emocional, posibilidad de formarse un juicio), y por otro, limita aquellos que tienen plena cobertura en los adultos (por ejemplo, el sufragio activo y pasivo). Estos derechos, con sus limitaciones incluidas, tienen la misma jerarquía e importancia, por lo que se sitúan en el mismo plano. En este sentido se ha afirmado que:

...una interpretación totalizadora y no por cierto novedosa pero sí la única posible, indica que la Convención de los Derechos del Niño concede la misma importancia a todos los derechos consa-

¹⁷⁰ *Idem.*

grados a los niños sin jerarquía alguna entre ellos; son derechos indivisibles, relacionados entre sí y que persiguen alcanzar la personalidad integral del menor.¹⁷¹

En cuarto lugar destacamos que este instrumento refleja los parámetros mínimos y no negociables en los cuales debe moverse una adecuada y completa protección del menor. De esta forma la doctrina ha señalado que

...la CDN representa un mínimo ético, puesto que todos los países que la firmaron y ratificaron deben observarla como un piso por debajo del cual no se puede estar. Es decir, la CDN representa un límite inferior sobre el cual los derechos de la infancia pueden (y deben) ser ampliados de manera progresiva, pero jamás regresiva.¹⁷²

De esta forma representa el estándar mínimo, que no máximo, respecto del tratamiento que deben recibir todos los menores.¹⁷³

En quinto lugar creemos necesario contextualizar el interés superior del menor en el contenido de este Convenio; en este sentido debemos partir del artículo 3o., el cual dispone que:

1. 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 superior del niño*. 2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades

¹⁷¹ Etel Rapallini, L., *op. cit.*, p. 104.

¹⁷² García, D., *op. cit.*, pp. 327 y 328.

¹⁷³ Bellof, M., *op. cit.*, pp. 91 y 92.

competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

En este orden de ideas sostenemos que este artículo representa el punto de partida necesario y fundamental de esta Convención, un artículo que materializa, sin duda, “un salto cualitativo en orden a la concreción del interés del menor”,¹⁷⁴ por la inclusión del interés superior del menor como “principio directivo”.¹⁷⁵ A pesar de que encontramos reiteradas y necesarias referencias al interés superior del menor, esparcidas a lo largo del contenido del Convenio, es el artículo 3o. el que de forma concentrada y general lo aborda.

La primera nota que destacamos en este artículo tercero es la constante falta de definición del concepto de interés superior del menor. En este sentido y como bien señala la doctrina

...la CDN ha consagrado el interés superior del niño como un principio de carácter universal, pero no ha definido ni especificado su contenido. Se trata de un concepto jurídico indeterminado en el que la zona de concreción o certeza estará constituida por el núcleo de los Derechos reconocidos en la citada Convención a todos los niños del mundo.¹⁷⁶

Aun cuando este concepto sigue estando indefinido y por ende su concreta contextualización descansa en manos de los distintos operadores jurídicos, no cabe desconocer que es importante su introducción en este instrumento convencional desde que es el referente máximo de los derechos del niño al representar su consagración universal.¹⁷⁷ En este artículo tercero nos enfrentamos no sólo a la indefinición de esta máxima jurídica, lo cual hemos señalado que es una ventaja de este instrumento, sino tam-

¹⁷⁴ García Cano, S., *op. cit.*, p. 536.

¹⁷⁵ Véase López Echeverry, O., *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁶ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 89.

¹⁷⁷ González Martín, N., *Adopción internacional...*, *cit.*, p. 47.

bién a la falta de concreción del conjunto de medidas que puede llegar a afectar a los menores.

El punto principal radica en que al no tener esta Convención efecto directo, será la legislación de cada país,¹⁷⁸ y concretamente los juzgadores de cada Estado, los que identifiquen e individualicen la necesaria traducción de este interés; lo anterior puede llevar a interpretaciones completamente divergentes en función del nacionalismo que pueda impregnar esta figura. En este mismo sentido encontramos a Durán Ayago quien señala que

...la CDN no posee efecto directo, lo que implica que sea la legislación particular de cada país la que concrete y determine qué debe entenderse por ese interés del menor. En realidad, más que concreción, esta operación de transposición consiste en integrar este principio en los distintos ordenamientos, de acuerdo al bagaje jurídico, cultural y social de cada país, pero sin alcanzar una concreción plena, ya que ésta sólo se podrá lograr en un momento preciso, ante una realidad determinada y unas circunstancias concretas; tarea que corresponderá a la autoridad competente, que será la que deba valorar, de acuerdo a múltiples factores, cuál es el verdadero interés del menor.¹⁷⁹

Ahora bien, este grado de indeterminación se reduce considerablemente, y por ende los márgenes de actuación de los operadores jurídicos, al señalar que

...en el espíritu del convenio de los derechos del niño late el deseo, e incluso el mandato velado, de que se apliquen con el mayor rigor las leyes en todo aquello que se entiende beneficia al menor. Se han de buscar soluciones reales donde el interés del menor sea lo prevalente.¹⁸⁰

Por ello es que si bien no estimamos conveniente dar una definición de este término, sí podemos dar los parámetros mínimos

¹⁷⁸ *Idem*, p. 47.

¹⁷⁹ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 89.

¹⁸⁰ Moya Escudero, M., *op. cit.*, p. 34.

a partir de los cuales debe necesariamente moverse. De esta forma la doctrina asegura que existe un núcleo indisponible, el cual

...lo constituyen los derechos fundamentales regulados en la Convención, y que la zona de inconcreción que posee podría llenarse con los elementos culturales propios. El problema surgirá cuando ese margen de apreciación desplace al núcleo de los derechos, entonces ya no estaremos ante el interés superior del menor, sino ante la imposición de una cultura sobre la persona del niño.¹⁸¹

Así las cosas, vemos que este artículo

...contiene una de las contribuciones más importantes de la Convención sobre los Derechos del Niño al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al confirmar que el niño es a la vez, objeto del derecho a protección especial y sujeto de todos los demás derechos que la normativa internacional consagra como derechos de toda persona. El reconocimiento de que no debe haber contradicción entre estas dos condiciones —objeto del derecho a la protección “que su condición de menor requiere” y sujeto de los derechos humanos fundamentales inherentes a la persona humana— es la esencia de un nuevo paradigma, una nueva visión del lugar del niño en la sociedad, que quizás eventualmente será reconocido como una de las características más notables de nuestra era.¹⁸²

La segunda nota es que este artículo tercero implica que los Estados que lo han ratificado se obligan a poner este principio por encima de todas las medidas que puedan llegar a adoptar diversos agentes (públicos o privados); así, en caso de que exista un conflicto entre el interés superior del menor y los intereses particulares de agentes públicos, privados, del Estado, de la sociedad o de los progenitores, prevalecerá necesariamente el primero.¹⁸³

¹⁸¹ González Martín, N., *Adopción internacional...*, cit., p. 48.

¹⁸² O'Donnell, D., *op. cit.*, p. 120.

¹⁸³ En este sentido la doctrina es unánime, véase entre otros a: Ortiz Ahlf, L., *op. cit.*, pp. 245 y 246; López Echeverry, O., *op. cit.*, p. 16; García Cano, S., *op.*

3. Adopción

Como veníamos sosteniendo líneas arriba, la importancia que se debe dar a esta figura radica en el hecho de que es una solución viable para el cuidado de aquellos menores sin familia o en estado de abandono. En este sentido y como bien ha señalado la doctrina existen otras soluciones que si bien pueden tener cabida en el cuidado de los menores, deben ser usadas de manera temporal (la figura de la acogida simple) o como último recurso (la figura del hogar sustituto). Así, se ha señalado que el hogar sustituto “es la solución ideal para los niños privados de los cuidados de su familia biológica de forma transitoria”, y la institucionalización es reconocida expresamente “como último recurso”.¹⁸⁴

Sin duda uno de los artículos más importantes de este instrumento convencional es el 21, el cual, enfocado en regular la adopción, establece:

Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el *interés superior del niño* sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país

cit., p. 536 y <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/1c.pdf>. Consultada el 17 de septiembre de 2008. Libro Jiménez García, J. F., *op. cit.*, p. 13

¹⁸⁴ O'Donnell, D., *op. cit.*, pp. 146 y 147.

goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

La importancia que reviste esta previsión normativa es indiscutible al contemplar todos los cuidados y medidas que se han de tomar para asegurar que la adopción responda íntegramente al interés superior del menor. Tarea que realiza a través de normas materiales que a veces tienen una cobertura puramente internacional (párrafos B a E) y otra, tanto nacional como internacional (párrafo A). En este sentido estima conveniente tener especial cuidado en el nombramiento de las autoridades que deben dar en adopción a un menor (párrafo A y E); contempla con detenimiento las adopciones internacionales, en concreto el principio de subsidiariedad (párrafo B), y la ausencia de ánimo de lucro que debe presidir toda adopción (párrafo D).

En estas fracciones podemos ver la necesidad de superar tres miedos que pueden planear alrededor de toda adopción: el primero es la pérdida de la identidad cultural, étnica, lingüística y religiosa del menor al ser dado en adopción en un país distinto al de su nacimiento. Por ello es que se justifica que los menores deben ser dados en adopción en primer lugar a familias del mismo entorno social, cultural, lingüístico y religioso. Sólo en defecto de tal ubicación contextualizada por el lugar del nacimiento se justifica la salida del menor a un entorno diferente. Es el denominado “principio de subsidiariedad” o “regla del último recurso”.¹⁸⁵ Como señala la doctrina

¹⁸⁵ O'Donnell, D., *op. cit.*, 146 y 147.

...es comprensible la subsidiariedad de la adopción internacional pues podríamos considerar el beneficio que significa para un niño o niña permanecer en el país en donde ha nacido y crecido, rodeados, de su ambiente e historia, hablando su idioma, conservando su nacionalidad, en vez de ser trasladados a un país extranjero al cual, si el menor no es muy pequeño, le costará trabajo adaptarse.¹⁸⁶

El segundo miedo es que la adopción se convierta en un negocio lucrativo que pueda ser fácilmente convertido en un supuesto de tráfico de menores o de venta de menores (nacional o internacional). Lo anterior se puede producir por varios motivos, a saber, las autoridades no son las adecuadas, los procesos para la constitución de la adopción no son lo suficientemente rigurosos o bien por el hecho de que el seguimiento post adoptivo no sea lo suficientemente largo, adecuado y severo. Como bien señala la doctrina “en el caso de las adopciones internacionales tal seguimiento se presenta como una exigencia aún mayor en tanto que el menor sale del país de su residencia habitual para trasladarse al país en el cual reside el adoptante”.¹⁸⁷ Este miedo no debe obstaculizar que los procesos de constitución de toda adopción, sin dejar de ser rigurosos en el cumplimiento de los requisitos legales establecidos por la normativa, deben ser ágiles y rápidos. Lo anterior desde que no cabe desconocer que durante la constitución de la adopción los menores se encuentran en una situación de incertidumbre.¹⁸⁸ Concatenado a este último supuesto encontramos el tercer miedo que ronda en toda adopción y que la Convención quiere atajar: que el Estado donde sea trasladado el menor ofrezca menos de las medidas de garantía y protección

¹⁸⁶ Brena Sesma, I., “El interés del menor en las adopciones internacionales”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, *op. cit.*, pp. 84-91.

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ En este sentido la doctrina ha sostenido que “es recomendable que las autoridades competentes tanto administrativas como judiciales actúen con celeridad en los procesos”, *idem.*

que tendría éste en su Estado de origen. Es lo que la doctrina ha denominado como “igualdad en el trato”.¹⁸⁹

Quizá la suma de estos miedos justifique el cambio en la redacción del Convenio respecto de su proyecto primigenio. En este sentido la doctrina alerta que:

...el texto de este artículo sufrió modificaciones en su redacción inicial, en virtud de que se señalaba la obligación de los Estados parte de “facilitar” la adopción y toda vez que en los años ochenta se habían presentado múltiples casos de abusos en la práctica de la adopción internacional se optó por otra redacción para enfatizar el deber de los Estados partes de garantizar que el interés superior del niño sea la consideración primordial en cualquier adopción.¹⁹⁰

En este sentido entendemos que el cúmulo de estos tres miedos representa la otra cara de la moneda cuando de materializar el interés superior del menor se trata. En este sentido, todas las leyes exigen que la constitución de toda adopción repercuta principalmente en el mejor interés del menor y, de manera subsidiaria y secundaria, en el interés de los adoptantes. Nos queda claro que la adopción persigue dar a un menor un entorno familiar adecuado y no al revés, es decir, no consiste en dar a unos adultos, que por cualquier motivo no han podido tener descendencia, un menor. En este sentido y como señala la doctrina “de ser así, la adopción deja de ser un medio para realizar el derecho del niño que carece de familia a obtener una, y se convierte en un negocio orientado a buscar niños para adultos deseosos de establecer una familia”.¹⁹¹ En este mismo sentido se ha afirmado que “se deben seleccionar los mejores padres para el menor, no el mejor menor para los solicitantes”.¹⁹²

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ Cárdenas Miranda, E. L., *op. cit.*, pp. 35 y 36.

¹⁹¹ O'Donnell, D., *op. cit.*, pp. 146 y 147.

¹⁹² Brena Sesma, I., *op. cit.*, p. 93.

Derivado de las anteriores concepciones, y partiendo de ellas, nos preguntamos en qué consiste, cómo se traduce ese interés superior en el marco de la adopción y, en concreto a la luz de este convenio sobre los derechos del niño. Volvemos a topar con la indefinición del concepto de interés superior del menor; de manera genérica la doctrina ha sostenido que “la expresión parece significar que en materia de adopción deberá siempre buscarse tanto la protección y la salvaguarda de los derechos del niño como el beneficio de éste”.¹⁹³ Siguiendo esta idea, nuestra respuesta y propuesta en principio puede ser sencilla, lo cual no significa que tope con elevados grados de dificultad cuando de concretarlo causalmente se trate. Así, consideramos que el interés superior del menor en la adopción internacional parte, desde un aspecto procesal, de competencia judicial civil internacional, de que la autoridad nacional que se encargue de resolver la constitución sea de la residencia habitual del menor. La anterior afirmación se hace desde el convencimiento de que esta autoridad es la que está en mejor situación para conocer las necesidades, entornos, carencias y afectos del menor. Sin duda la residencia habitual del menor representa un foro de protección indiscutible y necesario. Canalizando estas ideas encontramos, por ejemplo, la Convención interamericana sobre ley aplicable a las adopciones internacionales (artículo 15). Por lo que se refiere a un aspecto meramente sustantivo estimamos que el interés superior del menor se enfoca a darle un entorno familiar y social adecuado; un nivel educativo que le proporcione arte, profesión u oficio, que le permita desarrollarse en una sociedad caracterizada por la competitividad y la exigencia desmedida; una dignidad, en definitiva, un desarrollo de su personalidad, una infancia feliz.

Al hilo de lo anterior queremos suscitar una reflexión, a saber, ¿se puede llegar a materializar el interés superior del menor en las nuevas y actuales estructuras familiares? Un caso particular y de

¹⁹³ Vázquez Pando, F. A., “Régimen jurídico de la adopción internacional de menores”, *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, pp. 234 y 235.

reciente aparición es el de la posibilidad de adopción por personas homosexuales.¹⁹⁴ El interrogante anterior surge desde que la adopción por personas del mismo sexo ya no es un caso de laboratorio ni un ejemplo que se da en el plano de la hipótesis y de las conjeturas, por el contrario, es una nueva estructura familiar acoplada al orden público de algunos países (España, Bélgica o Países Bajos); prueba de ello la encontramos en la doctrina que menciona algunas sentencias donde ya se nota la trascendencia jurídica y real de este tipo de adopciones: la sentencia del Tribunal Supremo Español, del 20 abril 1987, sentencia del Tribunal Supremo Español del 18 junio 1998, el auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Pamplona, España, del 22 enero 2004, el caso *In the Matter of Adoption of a child whose First Name is Evan* (Nueva York, 1992), el británico caso *Re D. (an infant) (Adoption: parental consent)*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacan la sentencia del 26 de febrero 2002 en el caso *Fretté vs. Francia*.¹⁹⁵ Sin querer tomar partido por una respuesta afirmativa o negativa sobre este reciente y creciente debate social y jurídico, lo que es cierto es que estamos ante una realidad que debemos respetar.

4. Tráfico

Es el momento de abordar la regulación del tráfico internacional de un menor en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este instrumento convencional se incardina en el artículo 19, el cual establece en su primera fracción que

...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.

¹⁹⁴ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, pp. 238 y 239.

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 239-246.

El contenido de esta fracción supone “un corolario del derecho de todo niño a crecer en condiciones de vida, adecuadas para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”, o a tenor de la declaración de 1959, en “un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”.¹⁹⁶

En la prevención de estos actos el Derecho de familia juega un papel destacado, que no ha pasado desapercibido para la doctrina, que consiste en señalar que

...el derecho de familia ocupa un lugar clave, en particular con respecto a la cuestión de saber qué tipo de medidas pueden servir para evitar la reincidencia una vez que algún tipo de maltrato ha sido detectado y cuándo es necesario remover a la víctima de su hogar para garantizar su protección contra los abusos perpetrados por un familiar.¹⁹⁷

En la fracción segunda de este artículo se afirma que:

...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.

Una de las notas a destacar en este artículo es el carácter preventivo de las medidas que se puedan tomar ante un eventual abuso o descuido en el seno de la familia del menor. Así, afronta un listado de las medidas que deben ser tomadas por el Estado, para la protección de los menores, en orden a evitar abusos y maltratos.

Esta disposición se debe poner en relación con varios artículos de este mismo instrumento convencional para poder entender

¹⁹⁶ O'Donnell, D., *op. cit.*, p.144.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 144 y 145.

en toda su extensión la problemática que esta figura representa, así como las medidas que se prevén para prevenirla y erradicarla:

a) En primer lugar el artículo 39 que reconoce el derecho de las víctimas a una rehabilitación no sólo física sino también psicológica a la par que a la reintegración social. Lo anterior lo hace al señalar que:

...los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomenta la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

En este sentido se ha afirmado que “la CDN hace hincapié en la necesidad de un enfoque holístico o integral frente a este problema”.¹⁹⁸ Por ello la doctrina no ha dudado en señalar que “este artículo representa una adición importante al cuerpo de derechos del niño, al obligar al Estado a adoptar medidas apropiadas que promuevan el tratamiento adecuado del niño perjudicado física o psicológicamente, a consecuencia de violaciones de su derecho a la protección, en particular la explotación y la crueldad”.¹⁹⁹

b) Sin duda la intención de prevención y protección se complementa con el artículo 20, el cual dispone que

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados parte garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares

¹⁹⁸ O'Donnell, D., *op. cit.*, p. 144.

¹⁹⁹ Véase López Echeverry, O., *op. cit.*, p. 19.

de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

c) El tercer artículo que debemos poner en conjunción es el 32 el cual señala que:

1. Los Estados parte 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 parte 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 parte, 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.

d) El cuarto artículo necesario para entender esta problemática en toda su dimensión es el 33 el cual, trata una arista tangencial que puede darse en torno al tráfico internacional de un menor; este artículo menciona que:

...los Estados parte 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*.

Una arista que, como mencionamos, no necesariamente debe estar presente en la perpetración del tráfico internacional de un

menor, pero que creemos que debe ser puesta brevemente sobre la mesa y en nuestra reflexión. Rápidamente señalaremos que este artículo hace referencia explícita a tres realidades: *a)* proteger al menor del uso y consumo de estupefaciente; *b)* que sea utilizado en la producción de estupefacientes y *c)* impedir que sea utilizado como medio para el tráfico de drogas.²⁰⁰

e) El artículo 34 debe ser también mencionado en la regulación por este Convenio del tráfico internacional del menor al mencionar la obligación de todo Estado a adoptar las medidas necesarias para prevenir, reprimir y sancionar actos relacionados con la materialización de esta figura. En este sentido afirma que:

...los Estados parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de *explotación y abuso sexuales*. Con este fin, los Estados parte 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.

f) En clara continuidad con la necesidad de adoptar medidas preventivas para la protección del menor, en orden a dar un tratamiento global de esta lacra social, el artículo 35 señala que “los Estados parte 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”. En cumplimiento a esta obligación impuesta convencionalmente podemos incluir la necesaria ratificación de la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores.

g) El artículo 36 como cláusula de cierre y en complemento a los anteriores artículos señala que “los Estados parte protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”.

²⁰⁰ *Idem.*

Por último resta señalar que en este instrumento convencional encontramos una distinta regulación para las figuras de la sustracción y del tráfico internacional de menores. Una separación en la regulación de ambas figuras que se justifica por tratarse, como ya hemos hablado en líneas anteriores, de figuras completamente diferentes. Dando regulación normativa a la figura de la sustracción encontramos el artículo 11 en la primera de sus dos fracciones al señalar que “los Estados parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”. Medidas que son más eficaces y que presentan un mayor impacto si se adoptan a través de compromisos internacionales. Conscientes de ello, la fracción segunda de este artículo señala que “para este fin, los Estados parte promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”. México, como ya hemos mencionado, a la hora de dar respuesta a esta segunda fracción firmó dos instrumentos internacionales: el Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores.²⁰¹ Del éxito de esta fracción se hace eco la doctrina al señalar que “la cooperación convencional para evitar el secuestro de los hijos por uno de los padres, que el convenio de los derechos del niño promueve, ha conseguido, dado su efecto disuasivo, reducir el número de casos”.²⁰²

²⁰¹ Moya Escudero, M., *op. cit.*, p. 14.

²⁰² *Ibidem*, p. 32.

