

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. THE BEGINNING OF THE INTERESTS OF THE CHILD



Sonia Rodríguez Jiménez¹

Sumario: I. Introducción. II. El interés superior del menor como principio rector de protección. 1. Introducción. 2. El papel de la Convención sobre los Derechos del Niño. 3. Ventajas y desventajas de su indeterminación. III. El derecho a ser escuchado como un elemento fundamental para la delimitación del interés superior del menor. IV. La adición al artículo 73 XXIX-P y la reforma a los párrafos sexto y séptimo del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. V. Las técnicas de reglamentación del Derecho Internacional Privado: 1. La norma de competencia judicial civil internacional. 2. La norma de conflicto materialmente orientada. VI. El interés superior del menor en tres categorías jurídicas: 1. Alimentos. 1.1. Normativa autónoma. 1.2. Normativa convencional. 2. Adopción. 2.1. Normativa autónoma. 2.2. Normativa convencional. 3. Sustracción. 3.1. Normativa autónoma. 3.2. Normativa convencional. VII. Conclusiones. Fecha de recepción 26/10/2012 fecha de aceptación 23/11/2012.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

RESUMEN

El presente artículo nos muestra la evolución que ha sufrido el reconocimiento de los derechos del niño en diferentes sistemas jurídicos, ventajas y desventajas de sus reformas, así como el papel que juega la Convención sobre los derechos del niño.

ABSTRACT

This article shows the progress that has been the recognition of children's rights in different legal systems, advantages and disadvantages of their reforms and the role of the Convention on the Rights of the Child.

PALABRAS CLAVES

Menor, derechos, derechos del niño.

KEYWORDS

Minor rights, children's rights.

I. INTRODUCCIÓN.

Mucho se ha escrito y se ha discutido sobre el alcance, implicaciones, conceptualización e interpretaciones que debe darse al principio del interés superior del menor,² y, aun cuando pudiera parecer que hoy en día representa un debate cerrado por agotado y *demodé*, podemos afirmar que esta apreciación está lejos de ser verdad. Lo anterior por dos motivos.

² También se utilizan los términos *favor filii* o *favor minoris* para referirse a este principio sin que ello, a efectos de estas líneas, se considere apelar a la misericordia, como ha señalado algún sector doctrinal al afirmar que "es cierto que a día de hoy hablar de *favor minoris*, en un Derecho que además ha sido calificado como *puerocéntrico*, sería apelar a la misericordia cuando ésta no es necesaria". Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico*, Colex, España, 2004, pp. 91-92.

Por lado, destacamos que esta temática adquiere cada día distintos tintes como consecuencia de los nuevos y cada vez más tempranos “despertares” de nuestra infancia y adolescencia, quizá motivado por las modernas tecnologías, quizá por el fácil y rápido acceso a la información, quizá por un cúmulo indefinido de factores y variables sociales y económicas; lo anterior hace que aparezca en escena un paralelo surgimiento de diferentes derechos y precauciones que revitaliza la necesidad de contextualizar dicho principio, dejando de lado el modo autómatas y el aburrimiento de la afirmación de que estamos ante un “concepto jurídico indeterminado”, que inevitablemente aporta un amplio margen de discrecionalidad en su contextualización.

Por otro lado, no cabe desconocer que este principio está adquiriendo un nuevo realce desde que se discutió la relevancia y oportunidad de incorporarlo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), someramente al reformar el artículo 1,³ 2,⁴ 3⁵ y 123⁶ y, explícitamente al adicionar al artículo 73 la fracción XXIX-P y al reformar los párrafos sexto y séptimo del artículo 4. Mientras que las cuatro primeras ya habían sido publicadas debidamente en el Diario Oficial de la Federación (DOF), las dos últimas acaban de publicarse señalando: “En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a diez de octubre de dos mil once”.

³ Se prohíbe toda discriminación motivada por...la edad. (DOF de 14 de agosto de 2001)

⁴ Apartado B, fracciones III y VIII al dar apoyo nutricional a los indígenas y protección a los migrantes indígenas, especialmente a la población infantil. (DOF de 14 de agosto de 2001)

⁵ Se refiere a la necesidad de contar con educación básica obligatoria, preescolar, primaria y secundaria (DOF de 12 de noviembre de 2002)

⁶ Al prohibir las labores insalubres y/o peligrosas, el trabajo nocturno industrial así como aquél que se desarrolle después de las 10 pm, de los menores de 16 años; queda prohibido la utilización del trabajo e los menores de 14 años y, los mayores de 14 y menores de 16 tendrán como jornada máxima 6 horas; queda excluido el trabajo extraordinario.

Si damos un paso más y vamos a la justificación de abordar este principio nos situamos necesariamente en la inherente vulnerabilidad de los menores,⁷ en sus diversas vertientes sociales y aristas jurídicas, así como en la necesidad de reconocerle realidades y derechos especiales respecto de los adultos; afirmaciones que centran cada día más la atención de todos los agentes que conforman cualquier sociedad. Como reflejo de esta preocupación y ocupación encontramos en la actualidad numerosos Convenios y Declaraciones internacionales⁸ así como una extensa normativa de origen interno (autónoma)⁹ que se vuelca en la protección de este sector poblacional, pequeño en edad y grande en proyección y que sin duda representa “la base generacional y de población para el Estado Mexicano”.¹⁰ Una red normativa tan amplia que la doctrina habla ya de un auténtico *overbooking*,¹¹ de una “eclosión legislativa”,¹²

⁷ Como bien señala Pérez Contreras “los niños y las niñas forman uno de los grupos denominados vulnerables. Se considera que un grupo vulnerable es aquel que por razón de la edad, sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o posición económica, nacimiento, características físicas o culturales están en mayor riesgo de sufrir de discriminación, disminución o negación de sus derechos fundamentales”, *BMDC*, Núm. 96, 1999, México, p. 903. Igualmente se afirma que “no cabe duda que el niño, como fundamento de la sociedad, es además la parte más sensible de la familia”. Véase <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>. Consultada el 23 de septiembre de 2011, o bien: Jiménez García, J.F.: *Derechos de los niños*, 2000, IJ-UNAM, México, p. 3.

⁸ La génesis de este principio se cifra en la Declaración de Ginebra de 1924, continúa en la Declaración de los Derechos del Niño, 1959 y culmina en la Convención sobre los Derechos del Niño. Los anteriores instrumentos como referentes genéricos. Como referentes específicos encontramos, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 19, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, arts. 5 y 16 así como los instrumentos convencionales en materia de alimentos, adopción, sustracción o tráfico que son analizados con detenimiento en estas líneas y, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se encargan de regular el trabajo infantil.

⁹ Recordamos que hemos mencionado los artículos 1, 2, 3, 4, 123 CPEUM, la Ley para la protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (reglamentaria del 4 Constitucional), la Ley de asistencia social, la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación.

¹⁰ Proyecto de Reforma de 7 de octubre de 2010.

¹¹ Véase Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. y Castellanos Ruiz, E.: *Derecho de Familia Internacional*, 4. ed., Colex, España, 2008, p. 329.

¹² Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, España, 2007, p. 37.

incluso de un verdadero *corpus iuris*;¹³ una red tan amplia que despierta los fantasmas de caer en cierto desorden normativo.¹⁴

Sin duda, estos cuerpos normativos desde sus distintos terrenos de juego se preguntan cuál es el aterrizaje concreto que debe tener el principio del interés superior del menor en aras de minimizar la vulnerabilidad de los menores en cada relación jurídica en la que se encuentran inmersos; una pregunta que, por la volatilidad innata de este principio, recibe respuestas diversas de conformidad con la realidad que regulan; ahora bien, esta preocupación no pasa desapercibida para la Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominada “condición jurídica y derechos humanos del Niño”, concretamente en la intervención de Costa Rica, al señalar que “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”.¹⁵ Una vulnerabilidad que centra la atención de todos ante la sensibilidad que debe despertar este tema, sin que ello pueda ser aprovechado para alcanzar un “mérito político-propagandístico”.¹⁶

El hecho de afirmar que este principio representa el ejemplo clásico de un concepto jurídico en construcción constante y evolutiva hace necesario que se aborde su estudio en aras de concretar sus contornos. Este principio si bien lleva tiempo abordándose,¹⁷ a través de numerosos instrumentos normativos,¹⁸

¹³ Véase Opinión Consultiva OC17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominada “condición jurídica y derechos humanos del Niño”, al referirse al caso de Niños de La Calle, párrafo 24.

¹⁴ Este autor señala que “en principio, no hay una excesiva valoración normativa de ese interés, aunque sí cierto desorden legal, material y formal Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, ..., *op. cit.*, pp. 52-53.

¹⁵ Véase www.iin.oea.org. Revisada el 21 de abril de 2008.

¹⁶ Véase Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. y Castellanos Ruiz, E.: *Derecho de Familia Internacional*, 4. ed., Colex, España, 2008, p. 329.

¹⁷ Como bien dice el proyecto de decreto por el que se adiciona la fracción XXIX-P del artículo 73, el cual pasa a las legislaturas estatales, de 27 de abril de 2011: “no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado”

¹⁸ El elevado número de estudios referentes al menor y, en concreto, al interés superior del menor, aunado al importante número de instrumentos normativos, autónomos, convenciones o

(convenciones internacionales, cuerpos normativos autónomos y Declaraciones internacionales), así como a través de la labor de interpretación que realiza la doctrina y la de aplicación del juzgador, no acaba, para bien y para mal, de conceptualizarse de manera concluyente.

Como consecuencia derivada de la inherente volatilidad manifestada entendemos que la indeterminación del interés superior del menor varía en función de cuatro parámetros:

a) en función del elemento subjetivo de la relación jurídica, esto es, de la parte débil que interviene, el menor de edad. Retomando la idea inicial de estas líneas el interés superior del menor debe evolucionar de manera paralela al reconocimiento, lento pero progresivo y ascendente, de los derechos del menor.¹⁹ Podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que no es lo mismo el interés que se debe tener presente respecto del menor que el de los padres, familiares, tutores o cualquier otra categoría subjetiva implicada en una relación jurídica. El menor, en cuanto parte débil de toda relación jurídica debe hacer gravitar toda la actuación (de la sociedad en general y de los operadores jurídicos en particular), en su persona, intereses, preferencias y, en su caso, opiniones. Así, en orden a tener un Derecho Internacional Privado “puerocéntrico”²⁰ el menor debe ser el sujeto a proteger con preferencia respecto a otros sujetos. Así, el “interés del menor”, como regla general, debe prevalecer respecto de cualesquiera otros intereses. Por ello, el asentamiento efectivo del “puerocentrismo” pasa por afirmar, como lo hiciera Costa Rica en la Opinión Consultiva OC-17/2002, que el menor de edad, en

declaraciones que lo recogen en su texto, reflejan que es imprescindible ocuparse de los menores, de sus necesidades, de sus preocupaciones, etc. Es evidente la necesidad actual de hacer frente a todos los aspectos que rodean al menor debido a su creciente importancia jurídica y social, dos aristas que deben ser estudiadas conjuntamente en aras de dar una protección integral al menor.

¹⁹ Como bien dice el proyecto de decreto por el que se adiciona la fracción XXIX-P del artículo 73, el cual pasa a las legislaturas estatales, de 27 de abril de 2011: “cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria”.

²⁰ Véase Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. y Castellanos Ruiz, E.: *Derecho de Familia Internacional*, 4. ed., Colex, España, 2008, p. 327.

cuanto sujeto de derecho, tenga reconocidos los derechos humanos, de toda persona, así como los derechos que, por su condición de minoridad deban reconocérseles de manera particular y concreta. Lo anterior no quita que reconozcamos que también tienen limitados el ejercicio de otros derechos, por ejemplo, los derechos políticos.²¹

Ahora bien, a toda regla general le sigue una excepción y en este sentido no cabe “desconocer que hay también otros bienes e intereses valiosos jurídicamente (las más de las veces, los de otros miembros de la familia) que deben ser apreciados en cada caso, en su propio significado objetivo y en relación con las personas, y que en general deberán ceder ante el interés del menor. Pero no siempre”.²²

Resta señalar que este elemento subjetivo es igualmente variable al hablar del grupo poblacional conformado por los menores; así, el “interés superior del menor” es diferente, y debe por tanto modularse, dependiendo de la edad que tenga el menor; no creemos que sea el mismo “interés” el de un menor recién nacido al de un adolescente.²³

b) en función del elemento objetivo, esto es, de la relación jurídica sobre la que versa la determinación de este principio; es así que la ausencia conceptual de este principio exige que se adecue y contextualice a las nuevas necesidades que rodean al menor, fruto de una creciente internacionalización de las relaciones jurídicas en las que se encuentra inmerso y las características específicas de cada supuesto de hecho.²⁴ Por ello, partiendo de la existencia de un concepto jurídico indeterminado y sensible al contexto en el que aparece, intentaremos delimitar, a través de la configuración de parámetros mínimos (que no máximos), que no buscan encorsetar una realidad y caer en una prematura obsolescencia, qué es y cómo se perfila este principio en tres categorías jurídicas: alimentos, adopción y

²¹ Ortiz Ahlf, L.: “Los derechos humanos del niño”, en *Derechos de la Niñez*, IJ-UNAM, México, 1990, p. 242 y González Contró, M.: “Derechos, necesidades y justicia penal para adolescentes” en *Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, p. 430.

²² Rivero Hernández, F.: *El interés del menor, ..., op. cit.*, pp. 75 y 151-152.

²³ En este sentido nos remitimos al artículo 2 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, niños y adolescentes.

²⁴ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, España, 2004, p. 53.

sustracción internacional de menores.²⁵ Así, se tendrá que “justipreciar dicho interés en concordancia con lo que resulta del objeto del proceso”.²⁶

La delimitación jurídica de este principio a estas tres figuras se explica en función de los instrumentos convencionales *iusprivatistas* que México tiene ratificados. Por ello, y a pesar de tocar de manera tangencial otras disciplinas jurídicas u otros supuestos de hecho (principalmente del Derecho civil), nuestro enfoque es principalmente *iusprivatista*; en este sentido, damos la razón a quien afirma que “hablar de *interés del menor* en general, en abstracto, es demasiado expuesto a caer en una vana teorización (más grave si es jurídica), lindante con la simple especulación intelectual”.²⁷ Al final del día no pretendemos realizar una elucubración teórico- conceptual de este principio sino que en realidad nos interesa más la concreción del mismo en una determinada situación y visto desde una determinada rama jurídica.²⁸ Es así que no queremos que este término se utilice retóricamente “como una cláusula de estilo”²⁹ sino que es necesario aterrizar sus ideas, conceptos, límites mínimos, etc.; una operación que suponga un total abandono del terreno de las meras declaraciones de intenciones y se inserte en un terreno más tangible y provechoso.

²⁵ No cabe desconocer que en el Proyecto que adiciona la fracción XXIX-P del artículo 73 CPEUM, de 7 de octubre de 2010, este principio se cifra por los diputados en una amplia gama de situaciones (el derecho a su identidad, alimentos/alimentación adecuada, salud, educación y sano esparcimiento, vida digna, reconocimiento de los valores culturales sustentados por los pueblos y comunidades indígenas, eficientes procesos de procuración de justicia, la dignidad de la niñez, responsabilidad responsable, etc.)

²⁶ Díaz Sierra, M.: “El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio rector del “interés superior del menor”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Núm. 15, 2000, p. 192. Esta autora señala que “si lo que se está litigando es una legitimación adoptiva, se tendrá que establecer que ella es beneficiosa para el menor, teniendo presente las cualidades personales y morales de los padres adoptantes, la integración del menor a la familia, etc., si por el contrario lo discutido son las visitas, se deberá evaluar el beneficio de éstas o como pueden afectar las mismas al niño”.

²⁷ Rivero Hernández, F.: *El interés del menor, ..., op. cit.*, p. 23. En parecidos términos se expresa Zumaquero Gil al señalar que “ya hemos señalado la dificultad de dar un concepto de interés del menor sobre todo si se pretende elaborar una noción *in abstracto* puesto que no es posible conocer su alcance sin asociarlo a situaciones jurídicas o derechos concretos”, Véase Zumaquero Gil, L.: “El interés del menor en los tribunales españoles”, Aldecoa Luzárraga, F. y Forner Delaygua, J. (Dir.) y González Bou, E. y González Viada, N. (Coord.): *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales*, Marcial Pons, España, 2010, p. 41

²⁸ Rivero Hernández, F.: *El interés del menor, ..., op. cit.*, p. 138.

²⁹ García Cano, S.: “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”, *Revista de la facultad de derecho de la Universidad de Granada*, España, 3 época, núm. 7, 2004, pp. 537-538.

c) en función del elemento geográfico, esto es, del Estado que se enfrenta casuísticamente a su diseño y aterrizaje. Respecto a este parámetro delimitador se afirma, con toda razón, que “se está en presencia de un término vago y subjetivo del que cada país, cada sociedad, puede tener un concepto distinto de lo que al menor le interesa”.³⁰ Así, como bien se pregunta Cárdenas Miranda “¿cómo dar consistencia a esta noción para decidir cuál es el interés último del menor sin caer en suposiciones, que sólo tienen su origen en el contexto moral de una cultura determinada?”³¹

Esta variable debe venir acompañada del factor tiempo. De esta suma entendemos que este principio debe contextualizarse en el preciso momento en que aparece la necesidad del menor, debido a los constantes cambios que se producen como consecuencia inevitable de las diferencias generacionales. No es lo mismo el interés de un menor hace diez años al de ahora. El paso del tiempo cambia, por ejemplo, las formas de jugar, de concebir ese “sano esparcimiento” de los menores y, por ende, pone sobre la mesa nuevas formas de concebir sus realidades y necesidades.³²

d) en función de la rama jurídica que lo analice. Porqué estudiar este principio desde la óptica *iusinternacionalprivatista* aparece justificado por la doctrina al señalar que “la finalidad del Derecho internacional privado, hoy intercultural, consiste en hacer prevalecer la justicia en las relaciones privadas internacionales,

³⁰ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, España, 1998, pp. 7 y 33.

³¹ Cárdenas Miranda, E.L.: “El interés superior del niño y la ratificación del Convenio 138 de la OIT”, *Revista Académica, Facultad de Derecho de la Universidad de La Salle*, Año IX, Núm. 17, 2011, México, p.143.

³² Respecto al binomio menor-derecho al juego se afirma con toda razón que “el ocio es tiempo disponible para hacer, para imaginar, para desarrollar la fantasía, para crear cultura...en los juegos infantiles, los objetos tienen funciones psicológicas importantes, fungen como sustitutos a ausencia afectivas y constituyen una fuente de placer y seguridad. Permite a las niñas y niños constituir un área intermedia entre ellas/os mismas/os y la realidad. Además, en el juego, los objetos son importantes no por ser “cosas reales” sino por las características que a través de la imaginación se les da”, Rebolledo Sandoval, G.: “proyecto escuela sin violencia: en la escuela el respeto al derecho al juego es la paz”, *Rayuela, Revista Iberoamericana sobre la niñez y juventud en lucha por sus derechos*, año 2, número 4, mayo 2011, p. 26.

y expresión de este concepto de justicia material es el principio del interés del menor”.³³

Ahora bien, esta es una más de las posibles ramas jurídicas que pueden llegar a estudiar los derechos de los menores y que pueden desplegar su función tuitiva.³⁴

No podemos afirmar que los derechos de los menores, y por ende su protección, sea de competencia exclusiva de una rama jurídica concreta. Cualquier manifestación de “egoísmo jurídico” impide realizar un estudio *multi* y *transdisciplinar* que estimamos necesario y obligatorio si lo que se busca es dar plena protección a la minoridad. Es en la suma y no en la resta de ramas jurídicas donde encontraremos una verdadera, eficiente y completa protección del menor.

Es dable reconocer que cada rama jurídica diseñará los parámetros de este principio de conformidad con el objeto de su estudio y protección. Así por ejemplo, y sin entrar en debates, el Derecho penal configurará este principio teniendo como norte que el internamiento del menor infractor debe hacerse en un centro distinto al de adultos y considerando la mayor brevedad de la medida de internamiento.³⁵

Aunque no siempre su delimitación resulta tan sencilla y evidente. Cuestiones conflictivas se plantean, por ejemplo, a la hora de delimitar este principio, desde esta óptica penal, cuando lo que se discute es si un menor no infractor debe estar en la cárcel junto a su madre, cuando ésta se halla en cumplimiento de una pena privativa de libertad como consecuencia de una conducta tipificada por el Código

³³ Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico,...*, op. cit., p. 89. En este sentido González Martín ha señalado que “el principio de protección del menor se ha convertido en referencia obligatoria en cuanto al derecho internacional privado se refiere, al constatar una serie de prácticas, ya generalizadas, en torno a la internacionalización de la condición del menor, al estar éste imbuido en prácticas habituales en donde se demanda, por ejemplo, derechos de custodia y visita, reclamaciones de alimentos, demandas por secuestro internacional de menores, tráfico de menores y adopción internacional, fundamentalmente”, González Martín, N.: *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicana)*, IJ-UNAM, México, 2006, p. 45.

³⁴ No vamos a entrar a discutir si los derechos del menor deben ser recogidos en un cuerpo *ex professo* o, si por el contrario, deben continuar formando parte del contenido del Código Civil o del Códigos de Familia. En este sentido se ha llegado a señalar que “podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que doctrinalmente se acepta al derecho de los niños o derecho de menores como una rama del derecho autónoma y distinta del derecho civil o del derecho familiar, donde normalmente se encuentra”, véase <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>. Consultada el 23 de septiembre de 2011. Libro Jiménez García, J.F.: *Derechos de los niños,...*, op. cit., p. 5.

³⁵ *Un claro ejemplo de esta configuración la podemos ver en el caso “Instituto de reeducación del menor” vs Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004.*

penal como delictiva. Para el Derecho laboral este principio se configurará teniendo presente las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y por ende considerará que el diseño de este principio no pasa por la contemplación e inclusión de los menores en el mundo laboral.³⁶

A pesar de nuestra delimitación jurídica no cabe desconocer que este concepto es extrajurídico,³⁷ híbrido,³⁸ que las ópticas para su estudio integral van más allá de la meramente jurídica; así, estamos ante un concepto *multi y transdisciplinar* que no sólo “irradia” fuerza en el terreno jurídico sino también metajurídico, esto es, en el terreno social, cultural, etc.³⁹

Siendo conscientes de ello creemos que no es la obra ni el momento de analizar este principio más allá de la esfera e implicaciones jurídicas, en general, e *iusinternacionalprivatista*, en concreto.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR DE PROTECCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Cabe iniciar este apartado puntualizando qué es y cómo se debe entender un “principio” término clave a los fines de las presentes líneas. Siguiendo a Dworkin principio es “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque

³⁶ Como bien se afirma “el trabajo infantil si bien constituye una vulneración más de los derechos relativos a la infancia y se estructura a partir de factores económicos, culturales e institucionales, tiene la particularidad de poner en su máxima expresión la realidad del individuo librado a su propia suerte en una sociedad de mercado”, Brasesco, J. y Mendoza, A.N.: “Construyendo territorios sin trabajo infantil”, *Rayuela, Revista Iberoamericana sobre Niñez y Juventud en Lucha por sus Derechos*, Año 2, Número 4, mayo 2011, p. 30.

³⁷ Ley 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en España.

³⁸ Etel Rapallini, L.: Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Año XLIV, Núm. 65, Argentina, 2004, p. 101, quien afirma que “confluye el “interés difuso” con las “libertades públicas” pues ambas categorías tiene como núcleo a la persona humana y a la proyección de su personalidad”.

³⁹ Rivero Hernández, F.: *El interés del menor, ..., op. cit.*, p. 20.

es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.⁴⁰

Siguiendo muy de cerca estas afirmaciones, el Proyecto por el que se adiciona la fracción XXIX-P al artículo 73 y se reforman los párrafos sexto y séptimo del artículo 4, del 27 de abril de 2011, (en adelante, Proyecto del 27 de abril) señala que “los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que se llama principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades”.

No descubrimos nada nuevo si afirmamos que el interés superior del menor es, con sus luces y sus sombras, un concepto jurídico indeterminado,⁴¹ una noción abierta⁴² y exigente,⁴³ en definitiva, una “definición marco”.⁴⁴ Derivado de estos

⁴⁰ Dworkin, R.: *Los derechos en serio*, México, Planeta, 1993, p. 72.

⁴¹ Rivero Hernández, F.: *El interés del menor,...*, *op. cit.*, p. 29. La autora señala que: “Cuando se trata de buscar alguna precisión racional (intelectual) y concreción jurídica, el concepto de interés del menor –algo que parece tan universal, casi verdad absoluta- resulta inaprensible, se nos escapa; la expresión deviene tan polisémica y sutil que resulta enormemente difícil traducirla no ya en una definición estereotipada sino al lenguaje jurídico corriente”.

⁴² Bellof, M.: “Protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular” en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 109-110.

⁴³ García Ramírez ha señalado que “se trata de una regla sustantiva que gobierna esta materia y a la que se disciplinan –o debieran disciplinarse- todas las acciones, prevista en instrumentos nacionales e internacionales, de los que ya forma parte el nuevo texto del Artículo 18 de la Constitución Mexicana. La construcción legislativa debe responder al interés superior del menor, una noción exigente que no se halla en otros órdenes normativos”. García Ramírez, S.: “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional” en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, p. 53.

adjetivos estimamos necesario realizar una tarea de concreción, teniendo como norte las volatilidades que lo acompaña. La labor de concreción sirve para tener claros cuáles son los parámetros mínimos en los que debemos encuadrar el “interés superior del menor” de cara a establecer las medidas tuitivas necesarias, generales y específicas, de este sector poblacional en cada supuesto de hecho. Por ello, afirmamos que estamos ante “un factor de progreso y unificación”⁴⁵ que representa “un derecho singular, eminentemente tuitivo”.⁴⁶ A la hora de lanzar estos parámetros mínimos encontramos un par de afirmaciones que pueden ser útiles y en este sentido se ha señalado que es un “concepto híbrido en el que confluye el “interés difuso” con las “libertades públicas” pues ambas categorías tiene como núcleo a la persona humana y a la proyección de su personalidad”.⁴⁷ A lo anterior se añade que “el concepto del interés del menor estriba, en fin, en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en protección de futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal”.⁴⁸

Estar ante un concepto jurídico indeterminado implica que la norma que lo incorpora no da una solución directa, “sino que debe ser buscada en cada caso acudiendo a juicios de experiencia o de valor, según el tipo o naturaleza del concepto; y el valor o experiencia a que el concepto remite deben ser, a su vez,

⁴⁴ Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L.: “Residencia habitual del niño o su centro de vida. ¿*Forum conveniens* o *non conveniens*?”, Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (Coord): *La restitución internacional de la niñez*, México, Porrúa, 2011, p. 141.

⁴⁵ Se ha señalado que “el siglo XX, como es sabido, ha sido denominado el siglo de la infancia. A.E. Von Overbeck colocaba el interés del menor como *leitmotiv* del movimiento casi universal de reformas, que a partir de 1945 se produce en los ordenamientos jurídicos internos. También se ha afirmado que el desarrollo de la noción del interés del menor ha modificado el sentido de las relaciones familiares, y en el marco del Derecho internacional privado se ha defendido que constituye un factor de progreso y unificación”. García Cano, S.: “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”,..., *loc. cit.*, p. 533

⁴⁶ véase <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>. Consultada el 23 de septiembre de 2011. Libro Jiménez García, J.F.: *Derechos de los niños*,..., *op. cit.*, pp. 4-5.

⁴⁷ Etel Rapallini, L.: Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez”,..., *loc. cit.*, p. 101.

⁴⁸ Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico*,..., *op. cit.*, p. 92. En este mismo tenor encontramos a García Ramírez, S.: *Derechos Humanos para los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción Interamericana*, IJ-UNAM, México, 2010, p. 27.

objeto de una valoración jurídica según el sentido que la ley ha dado al concepto indeterminado de que se trate para un supuesto de hecho concreto, pero impreciso en la ley. Corresponde luego al juez, en último término, en la aplicación de la ley –se ha dicho-, el llenar de contenido efectivo el concepto jurídico indeterminado al juzgar y valorar el supuesto de hecho y sus datos y circunstancias”.⁴⁹ Es en esta labor del juez de “llenar de contenido” donde situamos nuestras inquietudes y afirmamos que la indeterminación de este concepto presenta, como hemos apuntado en líneas anteriores, luces y sombras.

El punto común del que derivan sus *pros* y sus *contras* procede de la relatividad de soluciones⁵⁰ que genera dicha indeterminación jurídica.⁵¹ Es así que este inevitable “relativismo”⁵² adquiere importancia, para bien y para mal, en la determinación del interés superior del menor al dejarse en manos de los jueces, de distintos Estados, con distintas culturas jurídicas, apreciaciones completamente subjetivas y pertenecientes a diferentes generaciones, su concreción; en este

⁴⁹ Rivero Hernández, F.: *El interés del menor,...*, *op. cit.*, p. 72. En este contexto como afirma Zumaquero Gil “se concluye la necesidad de que el juez valore completamente la realidad y circunstancias que rodean al menor con objeto de indagar qué es lo que más le beneficia. No resulta posible, por tanto, establecer unas pautas de solución extrapolables a todos los casos, ni tan siquiera cuando exista cierta semejanza entre ellos”, Véase Zumaquero Gil, L.: “El interés del menor en los tribunales españoles”,..., *loc. cit.*, p. 47.

⁵⁰ Rivero Hernández, F.: *El interés del menor,...*, *op. cit.*, p. 62. Como señala la autora: “es muy difícil, sin embargo, definir (intentarlo siquiera) con cierta pretensión de generalidad *qué es o en qué consiste* el *interés del menor*, o apuntar ideas apriorísticas en ese sentido y con alguna validez como concepto o categoría general, dado el relativismo que enseguida se adivina al abordarlo”.

⁵¹ La ausencia de definición no ha pasado desapercibida por la doctrina y así se afirma que “mucho se ha discutido al tiempo de elaborar la Convención de los Derechos del Niño sobre la conveniencia o no de arribar al concepto de “interés superior del menor”. Etel Rapallini, L.: Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez”,..., *loc. cit.*, p. 101; García Cano, S.: “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”,..., *loc. cit.*, p. 535; esta autora señala que “el interés del menor, en cuanto concepto jurídico indeterminado, se revela *a priori* como una noción intrínsecamente amplia, genérica, vaga, movедiza e indefinible”; Pérez Vera en el Informe explicativo relativo al Convenio de sustracción de menores señala que “a este respecto, se ha puesto de manifiesto con razón que “la norma jurídica que descansa sobre “el interés superior del menor” es, a primera vista, de tal imprecisión que parece más un paradigma social que una norma jurídica concreta”, hcc-e-vision.nl/upload/expl28s.pdf, párrafos 20, 21, 23 y 24.

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

sentido se ha señalado que “las diferencias entre las concepciones occidentales y otras culturas (fundamentalmente de tradición islámica) sobre la familia y la sociedad conllevan inevitablemente a que la misma noción de interés del menor cubra valores diferentes en unas y otras”.⁵³ Por ello, la relatividad de conceptos, reiteramos, puede arrojar resultados diametralmente opuestos en el supuesto de dos menores que se encuentran en una situación similar. Una relatividad que debe alejarse de lo que se ha denominado como “oscurantismo nacionalista”⁵⁴ o “nacionalismo judicial”.

Una advertencia más es que la dificultad de dar una definición de este principio protector en el contexto de los derechos internos es ciertamente evidente; ahora bien, dicha complejidad se eleva a la enésima potencia cuando tratamos de hacerlo en el contexto de los instrumentos convencionales internacionales; la necesidad de alcanzar un consenso, “un raro consenso”,⁵⁵ dificulta la delimitación principalmente cuando encontramos importantes diferencias culturales, sociales y jurídicas, que llegan a entorpecer este propósito. Esta dificultad no ha pasado desapercibida para la doctrina al afirmar que “uno de los aspectos más controvertidos en torno al *interés del menor* en los Convenios de la Conferencia de La Haya ha sido la posibilidad de incorporar su calificación autónoma de forma que se eviten las disparidades para concretar un concepto propio de cada uno de los textos internacionales. Sin duda, la entrada de interpretaciones plagadas de particularismos sociales y culturales conlleva un claro peligro que amenaza el

⁵³ García Cano, S.: “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”,..., *loc. cit.*, p. 537.

⁵⁴ García Cano, S.: “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”,..., *loc. cit.*, p. 538. Como bien señala la autora “este oscurantismo nacionalista, desgraciadamente, continúa estando a la orden del día en los supuestos de ruptura de un matrimonio mixto, y en la decisión sobre los derechos de custodia y de visita de los hijos. En estos casos es una realidad constatada que la jurisprudencia suele inclinarse a favor del progenitor que ostenta la nacionalidad del foro, fundándose en el margen de apreciación que le atribuye la noción del interés del menor”.

⁵⁵ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*,..., *op. cit.*, p. 27.

buen funcionamiento de los textos internacionales”.⁵⁶ Es por ello que en el momento en que existe disparidad en la concepción subjetiva o en el resultado convencional a alcanzar esto se ve reflejado “en el menor número de ratificaciones de la norma convencional”,⁵⁷ dando como consecuencia una situación contraria al espíritu y fin convencional.

Por lo anterior, la presencia de esta indefinición exige a todos y cada uno de los operadores jurídicos, y a la sociedad en general, una mayor responsabilidad y esfuerzo en el diseño de sus parámetros mínimos; lo anterior en un claro intento de minimizar los riesgos negativos que *per se* conlleva toda indeterminación. Igualmente impone a los operadores jurídicos que agudicen su imaginación y hagan su mejor esfuerzo en aras de una protección integral de los menores de forma casuística,⁵⁸ siempre buscando “nuevos y mejores estándares”.⁵⁹

2. EL PAPEL DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Con la mirada puesta en reducir la arbitrariedad o la disparidad de pronunciamientos acudimos a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) la cual “representa el referente legal supremo”⁶⁰ por el que se “mundializan”⁶¹

⁵⁶ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado,...*, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁵⁷ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado,...*, *op. cit.*, pp. 155-156.

⁵⁸ De esta opinión encontramos a Martínez Gallego, E.M.: “La Ley 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en España”, en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 242-245 al señalar que “no se nos escapa lo abstracto que en ocasiones es dicho concepto, y la necesidad de adaptar el mismo al caso concreto”.

⁵⁹ Como señala la doctrina “no es posible dar una definición acabada de “protección integral de los derechos de los niños”. Sin embargo, sí es posible afirmar que en América Latina, cuando hoy se habla de protección integral se habla de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes... Se advierte entonces que protección integral como protección de derechos es una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares”, Bellof, M.: “Protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular”,..., *loc. cit.*, pp. 109-110.

⁶⁰ García, D.: “Las obligaciones internacionales de México respecto del sistema de justicia penal juvenil”, en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 327-328. De esta opinión encontramos a Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores,...*, *op. cit.*, p. 2. La excepción mencionada en la frase transcrita se refiere a Estados Unidos de América desde que Somalia ratificó este instrumento en febrero de 2002. Véase Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. y Castellanos Ruiz, E.: *Derecho de Familia Internacional*, 4. ed., Colex, España, 2008, p. 327.

principios tan importantes como el que acapara la atención en estas líneas;⁶² como bien apunta el Proyecto de 27 de abril el proceso iniciado con la CDN hace que sus intereses se conviertan en genuinos derechos y que éstos puedan oponerlos “como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado”.⁶³ Rescata así la idea, y la plasma explícitamente, de que la aplicación de la CDN es una obligación estatal y no una cuestión de mero capricho o subjetividad; una afirmación que cabe realizarse desde las distintas trincheras, en aras de tenerla presente en cada pronunciamiento judicial.

En total el CDN contiene 54 artículos, divididos en tres partes, los cuales dan cabida a todos los derechos que se deben proclamar y respetar de todo menor. Un Convenio del que no nos cansamos de afirmar que es uno de los más ratificados en la actualidad,⁶⁴ por lo que su impacto es indiscutible y la uniformidad y armonía que consigue es a todas luces loable. Ahora bien, a efectos de las presentes líneas debemos acudir a un abanico de artículos que constituyen “la zona de concreción o certeza”,⁶⁵ estos son: el 3.1 (a pesar de que encontramos reiteradas referencias a este principio esparcidas a lo largo del contenido del Convenio, es este artículo el que de forma más intensa lo aborda), 9.1, 9.3 y 9.4, 18, 20, 21.a), 37.c) y 40.III; unos artículos que hacen referencia a distintos supuestos de hecho y

⁶¹ Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico,...*, op. cit., p. 168.

⁶² No queremos dejar de mencionar que ya en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 se mencionaba el principio del interés superior, concretamente nos referimos al principio dos y siete de dicha Declaración. Ahora bien, no hay que olvidar que es a través del Convenio sobre los Derechos del Niño el que presenta carácter vinculante y como bien señala Cárdenas Miranda “la convierte en una normativa internacional de cumplimiento obligatorio para los Estados ratificantes, la satisfacción y protección de los derechos de los niños ya no es una opción, sino una obligación que los gobiernos se han comprometido a cumplir”, Cárdenas Miranda, E.L.: “El interés superior del niño y la ratificación del Convenio 138 de la OIT”,..., *loc. cit.*, p. 141.

⁶³ En este sentido el amparo directo 30/2008 sostiene que “el valor de dicha convención radica en ser el primer instrumento internacional que ha establecido derechos humanos para los niños, pues hace un reconocimiento a su dignidad como personas, y por lo tanto de sus derechos inalienables. De esta manera, los servicios del Estado, como aquellos otros que se establezcan para su plena protección no responden a un gesto compasivo o de caridad, sino de una respuesta jurídica y social a la construcción de normas fundadas en el reconocimiento expreso de que los niños y los adolescentes son verdaderos sujetos de derecho”.

⁶⁴ Se echa de menos a Somalia, quien lo firmó el 9 de mayo de 2002, y a Estados Unidos de América, quien lo firmó el 16 de febrero de 1995.

⁶⁵ Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico,...*, op. cit., p. 89.

de que cualquier forma reiteran la presencia necesaria de este principio cuando se afecta a un menor.

El artículo 3⁶⁶ representa “un salto cualitativo en orden a la concreción del interés del menor”⁶⁷ al suponer la inclusión de este principio como “principio directivo”.⁶⁸ Lo anterior implica: a) que los Estados se obligan a poner este principio por encima de todas las medidas que puedan llegar a adoptarse y, en caso de que exista un conflicto entre el interés superior del menor y los intereses particulares prevalecerá el primero;⁶⁹ b) que los Estados confirman que el niño es a la vez objeto de un derecho a protección especial y sujeto de todos los demás derechos que la normativa internacional consagra como derechos de toda persona.⁷⁰

Como afirma el Proyecto de 27 de abril de 2011, “comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades (...) es posible señalar que de la disposición

⁶⁶ “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 competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

⁶⁷ García Cano, S.: “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”,..., *loc. cit.*, p. 536.

⁶⁸ Véase López Echeverry, O.: “Situación, naturaleza y perspectivas del proyecto de convención, sobre los derechos del niño” en *Derechos de la Niñez*, IJ-UNAM, México, 1990, p. 18.

⁶⁹ En este sentido la doctrina es unánime, véase entre otros a: Ortiz Ahlf, L.: “Los derechos humanos del niño”,..., *loc. cit.*, pp. 245-246; López Echeverry, O.: “Situación, naturaleza y perspectivas del proyecto de convención, sobre los derechos del niño”,..., *loc. cit.*, p. 16; García Cano, S.: “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”,..., *loc. cit.*, p. 536 y <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>. Consultada el 23 de septiembre de 2011. Libro Jiménez García, J.F.: *Derechos de los niños*,..., *op. cit.*, p. 13

⁷⁰ O’Donnell, D.: “La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia” en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, p. 120.

del artículo 3 de la Convención se desprenden las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de gran amplitud ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”.

El artículo 9⁷¹ representa la idea de respetar el derecho del menor de mantener relaciones personales, contacto, con ambos padres, de forma permanente y continuada, aun en caso de separación de aquéllos. El respeto de este derecho repercute en su desarrollo físico y mental.⁷² El menor es titular indiscutible de un derecho a convivir de forma continuada con ambos progenitores, a crecer con ellos, a compartir con ambos su sano esparcimiento, sus juegos, en definitiva, a disfrutar de su compañía. Esta titularidad no desaparece o disminuye como

⁷¹ “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

consecuencia de una crisis matrimonial, aunque a veces los adultos lamentablemente se olviden de ello.

El artículo 18⁷³ hace referencia a las obligaciones compartidas que tienen los padres en la crianza y desarrollo del menor. Aprovechamos este rubro para manifestar, una vez más,⁷⁴ que estamos en total desacuerdo con el binomio guarda-custodia del menor para la madre y visita/convivencia/contacto para el padre. Asistimos sin ruborizarnos y sin sobresaltos a la asignación, casi en automático, de los menores de edad, hasta sus siete años cumplidos, a la madre del menor, por estar la madre en mejor posición para la crianza y cuidado de los hijos. Si bien podemos hacer esa equiparación con un menor recién nacido por cuestiones pura y simplemente biológicas, no creemos que pueda extenderse a los menores de siete años.⁷⁵ Es por ello que desde estas líneas queremos llamar la atención pues no siempre el interés superior del menor radica con permanecer con la madre en régimen de guarda y custodia hasta los siete años de edad.

⁷² Ortiz Ahlf, L.: “Los derechos humanos del niño”,..., *loc. cit.*, p. 246. Esta autora señala que “sólo puede lograrse un cabal desarrollo físico y mental del menor, dentro de un ambiente familiar apropiado (principio 6 y 9 del Proyecto)”.

⁷³ “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

⁷⁴ Rodríguez Jiménez, S.: “El impacto penal de la sustracción internacional del menor por sus propios padres desde el derecho internacional privado. el caso mexicano a examen”, Memorias del V Congreso de ASADIP, Costa Rica, 2011, en prensa.

⁷⁵ Para ver todos los pronunciamientos que sobre la materia encontramos hasta la fecha de cierre de este artículo véase Rodríguez Jiménez, S.: *La destipificación de la conducta de sustracción de menores de edad por sus progenitores*, IJ-UNAM, México, en prensa.

El artículo 20⁷⁶ aborda la situación de los menores que temporal o permanentemente se encuentran privados de su medio familiar, o quienes por cuyo superior interés exija no permanecer en ese medio; estos menores tendrán el derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

El artículo 21⁷⁷ contempla los cuidados y medidas que se deben tomar para la consolidación de una adopción internacional.⁷⁸ En estas fracciones podemos ver la necesidad de superar tres miedos que pueden planear alrededor de una adopción: a) la pérdida de la identidad cultural, étnica, lingüística, religiosa del menor al ser dado en adopción en un Estado distinto al de su nacimiento; es por ello que se

⁷⁶ “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 Partes 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 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”

⁷⁷ “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 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”.

⁷⁸ Lo anterior lo hace a través de diferentes técnicas: normas materiales que a veces tiene 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).

justifica que, de forma prioritaria, los menores deben ubicarse en familias del mismo entorno social, cultural, lingüístico y religioso y, en el supuesto de ser imposible dicha asignación el menor debe darse bajo la categoría de una adopción internacional (“principio de subsidiariedad”⁷⁹ o “regla del último recurso”⁸⁰); como señala Brena Sesma “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”.⁸¹

b) que la adopción se convierta en la manera de convertir al menor en un negocio lucrativo; se pretende evitar que la adopción pueda ser el puente para la conversión de un supuesto de adopción en un supuesto de tráfico de menores o de venta de menores (nacional o internacional).⁸² Así, se debe evitar a toda costa que la figura de la adopción se convierta en un medio lícito para conseguir una finalidad completamente ilícita (venta/explotación, etc.). Hay que hacer un notable esfuerzo por conseguir, por ejemplo, que las autoridades encargadas de formalizar la adopción sean las adecuadas y no trabajen con ánimo de lucro; que los procesos para su constitución sean lo suficientemente rigurosos a la par que ágiles desde que no cabe desconocer que durante la constitución de la adopción los menores se encuentran en una situación de incertidumbre,⁸³ que el

⁷⁹ Brena Sesma, I.: “El interés del menor en las adopciones internacionales”, *Estudios sobre adopción internacional*, González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coord), UNAM; México, 2001, pp. 84-91.

⁸⁰ O’Donnell, D.: “La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia”,..., *loc. cit.*, pp. 146-147.

⁸¹ Brena Sesma, I.: “El interés del menor en las adopciones internacionales”, *Estudios sobre adopción internacional*, González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coord), UNAM; México, 2001, pp. 84-91.

⁸² Sobre este tema véase González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S.: *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, IIJ-UNAM, México, 2011

⁸³ En este sentido la doctrina ha sostenido que “es recomendable que las autoridades competentes tanto administrativas como judiciales actúen con celeridad en los procesos”. Brena Sesma, I.: “El interés del menor en las adopciones internacionales”, *Estudios sobre adopción internacional*, González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coord), UNAM; México, 2001, pp. 84-91.

seguimiento post-adoptivo sea lo suficientemente largo, adecuado y severo desde que “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”.⁸⁴

c) Concatenado a este último supuesto encontramos el tercer miedo que la doctrina ha denominado como “igualdad en el trato”,⁸⁵ esto es, que el Estado donde sea trasladado el menor como consecuencia de la adopción ofrezca al menor todas y cada una de las medidas de garantía y protección que éste tendría en su Estado de origen.

El artículo 37⁸⁶ por su parte “establece los lineamientos básicos para la creación de un modelo de justicia penal juvenil”⁸⁷ estableciendo los principios que deben regir la privación de libertad de los menores, siempre teniendo presente la dignidad de los mismos: a) que sea considerada como último recurso; b) en caso de determinarse que ésta sea lo más breve posible y c) que sea separado de los adultos. Principios que son puestos sobre la mesa por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Instituto de Reeducción contra Paraguay.

⁸⁴ Brena Sesma, I.: “El interés del menor en las adopciones internacionales”, *Estudios sobre adopción internacional*, González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coord), UNAM; México, 2001, pp. 84-91.

⁸⁵ Brena Sesma, I.: “El interés del menor en las adopciones internacionales”, ..., *loc. cit.*, pp. 84-91.

⁸⁶ “Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”

⁸⁷ García, D.: “Las obligaciones internacionales de México respecto del sistema de justicia penal juvenil”, ..., *loc. cit.*, p. 328.

El artículo 40 presenta un amplio marco de regulación en lo que se refiere a la administración de justicia para menores. En la fracción tercera⁸⁸ se recoge el denominado principio de especialidad, de conformidad con el cual “la condición especial de personas en desarrollo que caracteriza a los adolescentes, hace necesaria la existencia de una justicia especializada que, dentro del sistema de justicia ordinaria, responda a las características y necesidades específicas de esta población”.⁸⁹

Así, el interés superior del menor, teniendo como norte este instrumento convencional y de forma general, se puede dibujar señalando que comprende, *numerus apertus*,⁹⁰ y en signo positivo, los derechos al pleno y libre desarrollo de la personalidad, físico, moral, espiritual y social, concretado en la continuidad en un ambiente afectivo,⁹¹ que respete su centro de vida y evite rupturas bruscas e innecesarias en su entorno familiar y amistoso; derecho a la educación, a la cultura; al sano esparcimiento, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la protección para no ser objeto de abusos, negligencia o explotación (sexual o laboral);⁹² derecho a su indemnidad sexual; derecho a una corrección y métodos

⁸⁸ “3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

⁸⁹ Camacho Quiroz, C.: “Implicaciones de la reforma al artículo 18 Constitucional”, en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, p. 367.

⁹⁰ Como bien señala Vargas-Gómez Urrutia realizar una lista taxativa, *numerus clausus*, de situaciones en las que se deba proteger el interés del menor, sería tan inútil como innecesario. Cfr., Vargas Gómez-Urrutia, M.: “El interés del menor como principio inspirados en el derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 10, Núm. 28, 1999, p. 109 y Vargas Gómez-Urrutia, M.: *La protección internacional de los derechos del niño*, México, 1999, p. 95.

⁹¹ Etel Rapallini, L.: Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez”,..., *loc. cit.*, p. 104.

⁹² Véase Cárdenas Miranda, E.L.: “El interés superior del niño y la ratificación del Convenio 138 de la OIT”,..., *loc. cit.*, pp. 139-158. Esta autora propone la aprobación de la reforma para elevar a

de disciplina adecuados;⁹³ derecho a una identidad (nombre y nacionalidad); a la participación en aquellas decisiones y actividades que le afectan, el derecho a ser escuchado; el derecho al desarrollo de sus habilidades y potencialidades; a tener un futuro generado por una profesión, arte u oficio; a la supervivencia, el cual engloba el derecho a la vida con dos aristas concretas: derecho de alimentos y de salud (tanto física como mental)⁹⁴; a los cuidados necesarios derivados de su innata debilidad e inmadurez; a un óptimo desarrollo psicosocial;⁹⁵ a su estabilidad emocional y afectiva; a un medio ambiente sano y, a conocer su filiación, a conocer la identidad de sus ascendientes.⁹⁶

rango constitucional el interés superior del niño, así como la ratificación del Convenio 138 de la OIT, como acciones “para crear un entorno de protección efectivo, orientado a la realización progresiva de los derechos de la infancia mexicana”, p. 139. A lo anterior podríamos unir el deseo de ratificar la Convención Interamericana de tráfico internacional de menores así como la ratificación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores.

⁹³ El 29 de diciembre de 2008 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una Opinión Consultiva, en el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta ocasión la solicitud se refería a la utilización del castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes. En esta ocasión la Corte mediante una resolución de 27 de enero de 2009 resuelve no responder dicha consulta al considerar que este punto ya estaba resuelto en la jurisprudencia de la Corte. A pesar de esta negativa es coincidente mencionar que la Corte emitió puntos y consideraciones relevantes donde “si bien la Corte reconoció ciertos estándares internacionales en la materia, la falta de respuesta no permitió abordar ni profundizar en el tema de manera específica, sobre todo lo que respecta a fijar un estándar regional sobre la forma de regular la protección de niños, niñas y adolescentes frente a toda forma de castigo corporal, ya sea mediante medidas legislativas o de otra índole y su eventual prohibición”. Véase Calderón Gamboa, J.F.: “El castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un desafío internacional”, Isonomía, ITAM, México, número 31, 2009, p. 73.

⁹⁴ Contradicción de tesis 130/2005 –PS. Novena época, Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, enero de 2006, página 478.

⁹⁵ Amar Amar, J., Madariaga Orozco, C. y Macías Ospino, A.: *Infancia, familia y derechos humanos*, ediciones Uninorte, Barranquilla, Colombia, 2005, p. 29.

⁹⁶ Contradicción de tesis 154/2005 – PS; Novena Época, semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, marzo de 2006, página 111. En esta tesis se afirma que “ante la negativa u oposición del demandado para realizarse un estudio genético, se tendrán por ciertos los hechos que se pretendían probar por conducto del aludido medio probatorio, pues como se ha dicho, lo contrario llevaría a dejar el interés superior del menor a merced de la voluntad del presunto progenitor. Esto es así, pues ante la negativa del demandado para someterse a dicho prueba y atendiendo al interés superior del niño y a su derecho fundamental de conocer su origen, lo procedente es apercibir al demandado en el sentido de que en caso de oposición o de que se niegue a realizar el estudio genético correspondiente, se tendrá por ciertos los hechos que se pretendían acreditar con ese medio de convicción, salvo prueba en contrario, es decir, la conducta omisa del demandado generaría una presunción *iuris tantum* respecto de la paternidad del actor, presunción que, por tanto, admitiría prueba en contrario”. Sobre este derecho también puede

En definitiva, se trata de otorgarles todas las herramientas necesarias para que el menor pueda integrarse de manera armónica y plena en la convivencia social, haciendo de los menores sujetos “activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, y de buscar su propia satisfacción”.⁹⁷ En esta misma tónica el Proyecto de adición del artículo 73 fracción XXIX-P y de reforma a los párrafos sexto y séptimo del artículo 4 CPEUM, de 7 de octubre de 2010 (en adelante, Proyecto de 7 de octubre), y a la luz del artículo 3 del CDN, afirma que este principio debe entenderse “como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible (...) indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potencialidades”.

3. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE SU INDETERMINACIÓN

Como venimos afirmando la concreción de este principio tiene sus ventajas y desventajas.

Por lo que hace a la parte positiva de la concreción es que tiende a evitar los efectos secundarios que supone encapsularlo en la realidad social, cultural, política y jurídica del momento en el que se redactó. Definirlo conlleva el peligro de que caiga en una prematura obsolescencia que no responda de manera adecuada a los problemas que rodean a la minoridad pocos años después de su definición. Así, cualquier situación no prevista o superada por la realidad dejaría de ser solucionada. Sin duda la desactualización, la obsolescencia, el anclaje a una determinada realidad y la ranciedad son conceptos que deben eliminarse cuando se implica a un menor en una relación con trascendencia jurídica. El dinamismo, la

consultarse el Amparo en revisión 1166/2005; Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, enero de 2006, página 737.

⁹⁷ Véase Zumaquero Gil, L.: “El interés del menor en los tribunales españoles”,..., *loc. cit.*, p. 40.

adaptabilidad a la realidad social,⁹⁸ la flexibilidad y la volatilidad temporal deben ser las notas características en estas situaciones.

Por lo que hace a la parte negativa creemos que es peligroso entregar un “cheque en blanco”⁹⁹ a los distintos operadores jurídicos que deberán hacer una labor de encaje, adecuación y contextualización de este concepto de manera casuística.¹⁰⁰ Principalmente es una labor que debe realizar con sumo cuidado el juez¹⁰¹ pues de él depende la concreción *in casu* del interés superior del menor.¹⁰² Lo anterior se traduce en una cierta inseguridad jurídica a la hora de su concreción.¹⁰³ Ahora bien, no hay que tener tanto miedo a esta concreción casuística desde que su uso puede consolidar líneas de actuación, interpretación y entendimiento, reduciendo así este margen de discrecionalidad judicial, impidiendo de este modo que se conviertan en “legisladores delegados”.¹⁰⁴ En este contexto la Opinión Consultiva OC-17/2002, en la intervención de Costa Rica señala que “*el interés del niño*, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños”.

⁹⁸ Véase Zumaquero Gil, L.: “el interés del menor en los tribunales españoles”,..., *loc. cit.*, p. 42.

⁹⁹ Bellof, M.: “Protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular”,..., *loc. cit.*, p. 93.

¹⁰⁰ En este sentido se ha llegado a señalar que “la concreción de cuál sea el interés del menor debe ser realizada *in casu* tanto por el legislador en el momento de regular una situación concreta que afecte a los menores, como principalmente por las autoridades judiciales y administrativas que, en cada caso concreto, deban aplicar la norma de Derecho interno o Derecho convencional/institucional específica”, García Cano, S.: “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”,..., *loc. cit.*, p. 536.

¹⁰¹ Como bien señala Vargas Gómez-Urrutia, al hilo del comentario de una sentencia del Tribunal Constitucional español y que perfectamente cabe extrapolar a la situación mexicana: “queda así puesto de manifiesto que la protección del menor implica un activo papel del juez, teniendo en cuenta de qué forma y con qué medidas se protege mejor ese interés”. *Cfr.*, Vargas Gómez-Urrutia, M.: “el interés del menor...”, *op. cit.*, p. 111 y Vargas Gómez-Urrutia, M.: *la protección internacional de los derechos...*, *op. cit.*, p. 98.

¹⁰² Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores...*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰³ Véase Zumaquero Gil, L.: “El interés del menor en los tribunales españoles”,..., *loc. cit.*, p. 42.

¹⁰⁴ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores...*, *op. cit.*, p. 33.

A la hora de intentar perfilar el interés superior del menor nos enfrentamos a una “connatural antinomia entre la necesidad de seguridad en las relaciones jurídicas y la necesidad de adaptación a las circunstancias siempre cambiantes de la vida social”.¹⁰⁵

Así, la parte negativa de esta indeterminación se resumen en: la posible discrecionalidad (subjetividad) del juzgador a la hora de aterrizarlo; aparición del temido “nacionalismo judicial” que puede camuflar graves errores judiciales e injusticias; relatividad de soluciones y, por ende, inseguridad jurídica.

Resta señalar que para contrarrestar estos efectos secundarios negativos debemos tener presente siempre la Opinión Consultiva OC-17/2002, concretamente su afirmación de que “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño...A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos...En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño”.¹⁰⁶

Como conclusión resta señalar las numerosas tesis¹⁰⁷ que se han pronunciado sobre este principio y, que al tiempo que reflejan la importancia e impacto del

¹⁰⁵ Martín González, M.: “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 54, 1967, pp. 197-199.

¹⁰⁶ Véase www.iin.oea.org. Revisada el 23 de septiembre de 2011.

¹⁰⁷ Amparo directo 298/2001. Acción de inconstitucionalidad 11/2005. Acción de inconstitucionalidad 37/2006. Amparo en revisión 226/2007. Amparo directo 170/2000. Amparo directo 935/2000. Amparo directo 980/2000. Amparo directo 367/2002. Amparo directo 3656/2003. Amparo directo 2686/2004. Amparo directo 6066/2004. Amparo directo 2666/2005. Amparo directo 2716/2005. Amparo directo 935/2000. 17 de octubre de 2001. Amparo directo 619/2002. 6 de noviembre de 2002. Amparo en revisión 281/2002. 28 de enero de 2003. Amparo directo 695/2002. Amparo directo 184/2003. Amparo directo 935/2000. Amparo directo 3656/2003. Amparo directo 790/2002. Amparo directo 695/2002. Amparo directo 682/2005. Amparo directo 231/2007. Amparo directo 460/2007.

interés superior del menor extraemos la conclusión de que cada vez más este principio está incorporado al lenguaje judicial.

III. EL DERECHO A SER ESCUCHADO COMO UN ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA LA DELIMITACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Uno de los derechos que sin duda ayudan a delimitar este principio es el ser escuchado en aquellos procesos donde tiene un interés, siempre que las decisiones que se puedan llegar a tomar le afecten directa o indirectamente.

En este rubro es significativo el número de tesis que deja asentando este derecho, especialmente en aquellas situaciones donde debe determinarse y fijarse los derechos de patria potestad, guarda/custodia y visita/convivencia.¹⁰⁸ De este grupo de tesis aisladas podemos afirmar que el derecho del menor a ser escuchado es *concebido como un derecho humano* que debe ser materializado *de oficio* por el juez que se enfrenta a un supuesto de hecho que involucra a un menor.

A este grupo de tesis aisladas le acompaña toda la normativa de los estados que hacen referencia a este derecho y donde hemos encontrado:

1. Artículo 9 de la Ley del Sistema de Justicia Para Adolescentes del Estado de Aguascalientes; y artículos 420 *in fine* y 433 del Código Civil de Aguascalientes;
2. Artículos 391 y 394 del Código Civil de Baja California;
3. Artículo 6 de la Ley de Justicia para adolescentes para el Estado de Baja California Sur; y artículo 449 Código Civil;
4. Artículos 406.II *in fine* y 413 Código Civil de Campeche;
5. Artículos 493 y 497 Código Civil de Coahuila;
6. Artículo 2 de la Ley que establece el Sistema Integral de Justicia para adolescentes del Estado de Colima; artículos 397 y 397 A del Código Civil de Colima;
7. Artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chiapas; artículos 385 V y 390 VI del Código Civil;
8. Artículo 3 y 28 de la Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores del Estado de Chihuahua; artículo 379 Ter Código Civil;
9. Artículo 121 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal; artículo 397 Código Civil;
10. Artículos 392.IV y 399 Código Civil de Durango;
11. Artículo 464 J del Código Civil de Guanajuato;
- 12.

¹⁰⁸ Amparo directo 765/2002. Amparo directo 1020/2002. Amparo en revisión 6/2009. Amparo directo 1020/2002. Amparo directo 1088/2002. Amparo directo 992/2002. Amparo directo 1502/2002. Amparo directo 422/2003. Amparo en revisión 6/2009. Amparo directo 309/2010. Amparo directo 1020/2002. Amparo directo 1088/2002. Amparo directo 992/2002. Amparo directo 1502/2002. Amparo directo 422/2003. Amparo directo 309/2010. Amparo directo 309/2010. Amparo directo 309/2010. Amparo directo 309/2010. Amparo directo 312/2004. Acción de inconstitucionalidad 24/2004

Artículo 558 in fine y 575.I Código Civil de Guerrero; 13. Artículo 210 V Ley para la familia de Hidalgo; 14. Artículo 536 Código Civil de Jalisco; 13. Artículo 25 de la Ley de Justicia Para Adolescentes del Estado de México; Artículo 5.16 del Código de Procedimientos Civiles; Artículo 4.185 Código Civil; 14. Artículo 377.IV Código familiar de Michoacán; 15. Artículo 5 y 50 de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Morelos; 16. Artículo 23 de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Nayarit; artículo 390 Código Civil; 17. Artículo 42 de la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Nuevo León; artículo 26 de La Ley del Sistema Especial de Justicia para Adolescentes del Estado de Nuevo León; art. 394.IV Código Civil; 18. Artículo 411 Código Civil de Oaxaca; 19. Artículos 578 y 583 Código Civil de Puebla; 20. Artículos 379.IV y V, 386 del Código Civil de Querétaro; 21. Artículos 946 y 3067 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo; 22. Artículo 253 Código de familia de San Luis Potosí; 23. Artículos 398, 398 Bis y 405 Código Civil de Sinaloa; 24. Artículo 42 de la Ley Número 77 Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Sonora; artículos 562, 565 Ter, 574 y 576 Código Civil; 25. Artículo 385.IV Código Civil Tabasco; 26. Artículo 3, 27 y 99 de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Tamaulipas; artículo 366 Código Civil; 27. Artículo 234 Código Civil Tlaxcala; 28. artículo 327.IV *in fine* del Código Civil de Veracruz; 29. Artículo 315 V del Código Civil de Yucatán; 30. Artículo 187 de la Ley de Salud del Estado de Zacatecas; y artículo 359 V del Código Familiar de Zacatecas.

En este rubro no cabe dejar de mencionar que el listado de artículos en los que se recoge el principio del interés superior del menor se ofrecen en la medida en que pueden ayudar a desfilas su contenido; es así que somos conscientes de que estos artículos en concreto y estos cuerpos normativos en general son insuficientes si no contamos con operadores jurídicos preparados y concientizados con las necesidades y particularidades de los menores.

Ahora bien, este bloque normativo debe contextualizarse, de manera general, con el CDN, concretamente en los artículos 9.2, el cual recoge el derecho del menor a ser escuchado en cuanto califica como “parte interesada”, siendo visto como un derecho que “estructura la lógica de la protección integral”¹⁰⁹ en cuanto que el menor tomado en cuenta y en el artículo 12.I y II, el cual no sólo contempla de forma abstracta el derecho a ser oído y por ende expresarse libremente en todo aquello que le pueda afectar, y que, de conformidad con su madurez, se tengan en cuenta, sino que lo aterriza en el segundo párrafo, a procedimientos judiciales o

¹⁰⁹ Bellof, M.: “Protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular”,..., *loc. cit.*, p. 111.

administrativos, ya sea por medio de un representante o de un órgano apropiado. Ahora bien, “el convenio no cambia el Derecho positivo de los Estados contratantes. Sólo puede incitar a elaborar nuevas disposiciones procedimentales que faciliten la consulta del niño”.¹¹⁰ Labor que, al menos en el plano normativo, México tiene hecha.

De conformidad con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (amparo directo 30/2008) “la Convención acoge el principio de ejercicio progresivo de los derechos por parte de los niños. Este principio se basa en el reconocimiento de la capacidad evolutiva de cada niño, niña y adolescente, en el entendido de que, con su progresiva maduración, el nivel de abstracción, de expresión, de independencia y pensamiento, se vuelve paulatinamente superior y más complejo. Dicho principio se encuentra ligado a la participación, a expresar su opinión en los asuntos que les afecten y que la misma sea tomada en cuenta en función de su edad y madurez”.

De manera más contextualizada se concreta este derecho, por ejemplo, en el artículo 13 del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y en la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, artículo 11 *in fine*. Dos convenios que, por la temática que abordan, son explícitos a la hora de exigir escuchar al menor, en el mismo sentido que lo hace la doctrina.¹¹¹

El punto central de este derecho es la individualización que debe hacerse en cada proceso en el que se encuentra implicado el menor a efectos de tomar una decisión que le afecte. Estamos convencidos de que “cada caso es un niño, con su modo de ser individual, único, irrepetible”.¹¹² El derecho a ser oído representa una clara inversión de la ecuación que existía en tiempos pasados. Es así que ya

¹¹⁰ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores,...*, op. cit., p. 31.

¹¹¹ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores,...*, op. cit., p. 43.

¹¹² Díaz Sierra, M.C.: “El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio rector del “interés superior del menor”,..., loc. cit., p. 189.

no son los intereses del menor los que se supeditan a los de los padres, sino que ahora las decisiones están delimitadas, dibujadas y condicionadas por lo que el menor tenga que decir respecto a lo que a su derecho mejor convenga. Por ello, vemos que este derecho supone la transformación de las antiguas ideas y concepciones que existían alrededor del menor de edad. Así, encontramos recogido normativamente el derecho del niño “no sólo de expresar una opinión sino de que ésta sea tenida en cuenta en los asuntos que le conciernen”.¹¹³

Este derecho a ser escuchado sin duda parte de la idea de que niñas, niños y adolescentes “son personas capaces de transformar su entorno”¹¹⁴ y que está en los adultos el escucharlos y tenerlos presentes. Como afirma el Amparo directo 30/2008 “es dable afirmar que a nivel jurídico los niños, niñas y adolescentes ahora son reconocidos como sujetos de derecho, lo cual implica que estos ya no sean definidos por sus carencias o por considerar la infancia y la adolescencia como etapas de preparación para la vida adulta, sino que, constituyen formas auténticas de existencia, y por lo tanto, se consideran como un ser humano completo”.

Ahora bien, este derecho a ser oído no es ilimitado y en este sentido sus opiniones se tomarán en cuenta teniéndose presente su edad y madurez y en aquello que pueda afectar su futuro a mediano o largo plazo. Ahora bien, el que sea oído no significa que se tenga en cuenta todo lo que afirme. Como sostiene el Amparo directo 30/2008 “se considera que la obligación del juzgador para atender las manifestaciones del menor, no es equiparable con la de aceptar su deseo, ya que deberá lograr un grado óptimo de congruencia entre las necesidades subjetivas

¹¹³ Véase López Echeverry, O.: “Situación, naturaleza y perspectivas del proyecto de convención, sobre los derechos del niño”,..., *op. cit.*, p. 18. este autor señala que “es un reconocimiento muy significativo de la necesidad de dar la palabra al niño”.

¹¹⁴ Morfín Stoopen, M.: “en la búsqueda del bien común. Experiencias de participación infantil y juvenil”, *Rayuela*, Año 2, Número 4, 2011, México, p. 11. Como afirma la autora el derecho del menor a ser escuchado necesita una correlación, a saber, que los adultos estén preparados para escucharlos y tenerlos en cuenta. Así reconoce que “la sociedad que hemos creado los adultos no está preparada para escuchar y tomar en cuenta la voz de la infancia. En principio, los adultos nos resistimos a escuchar las opiniones de los niños, por lo que hace falta realizar una labor de sensibilización a este respecto. Sabemos ya que una manera eficaz de hacerlo es mostrar a los adultos lo que los niños, niñas y adolescentes son capaces de aportar”, p 13.

que el niño expresa y las necesidades objetivas relativas a su adecuado proceso de socialización, teniendo siempre en cuenta, como ya se había establecido, su interés superior”. El tribunal deberá realizar una evaluación y discernir conforme a los datos que extraiga en función de su madurez, edad, presiones o demás elementos que puedan rodear la postura y afirmaciones del menor. Es por ello que la tarea de discernir es fundamental desde que “el interés del menor no siempre coincide con los deseos y opiniones de éste”.¹¹⁵ En este sentido encontramos los siguientes pronunciamientos: MENORES DE EDAD. SU OPINIÓN, AUNQUE NECESARIA, NO ES PREPONDERANTE PARA DECIDIR SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).¹¹⁶

Es así que entendemos que escuchar al menor “sirve de apoyo para una mejor resolución del caso de que se trate, ya que su dicho puede aportar elementos para forjar en el juzgador una convicción más acabada de la conflictiva de la familia y del mejor interés del menor”.¹¹⁷

Resta afirmar que en la materialización de este derecho las “preguntas que se les harán a los hijos durante la testimonial que deben desahogar pueden tener un contenido que pueda causar, con mayor razón, un daño a la salud psicológica del menor”.¹¹⁸ Es por ello que concluimos que este derecho del menor a ser escuchado debe ser ejercido de forma prudente por el juez. Una prudencia que puede venir dibujada por los siguientes parámetros: a) preguntar al menor en aquellos casos realmente necesarios; b) ponderar las afirmaciones del menor con su grado de madurez y c) estar apoyado por personal cualificado (psicólogo infantil).

¹¹⁵ Rivero Hernández, F.: *El interés del menor, ...*, op. cit., pp. 149-150.

¹¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XVI, octubre de 2002, página 1405, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis VII.3o.C.31 C. Amparo directo 348/2002. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

¹¹⁷ Amparo 30/2008.

¹¹⁸ Contradicción de tesis 130/2005 – PS; Novena Época, *semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo XXIII, enero de 2006, página 478 y Amparo Directo 30/2008. En este último pronunciamiento se afirma que “debe decirse que el menor podría sentirse irrumpido en su intimidad, por lo que, es imprescindible contar con su voluntad para participar dentro del procedimiento judicial respectivo, pues no debe perderse de vista que debe mantenerse intacta su integridad intelectual y emocional...nunca puede utilizarse de forma que pueda ocasionarles algún perjuicio”.

IV. LA ADICIÓN DEL ARTÍCULO 73 XXIX-P Y LA REFORMA A LOS PÁRRAFOS SEXTO Y SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 4 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El DIPr representa aquella rama del derecho cuyo objeto de estudio se centra en las relaciones jurídicas privadas e internacionales. Dos adjetivos *cumulativos* que justifican la autonomía y propiedad de esta rama del derecho.

Si nos detenemos en el primer adjetivo, “privado”, éste se proclama en razón del elemento subjetivo de la relación jurídica, esto es, de las personas físicas o jurídicas que actúan en un plano de igualdad (personas que se casan, que se divorcian, que se deben alimentos, que adoptan, etc.), o bien el Estado cuando éste actúa con su potestad *iure gestionii*, esto es, como mero particular y no como ente soberano.

Si nos detenemos en el segundo adjetivo, “internacional”, éste se advierte por entrar dos o más Estados en la relación jurídica a través de los puntos de contacto que puedan presentarse (por ejemplo, que las residencias habituales de las partes se ubiquen en Estados diferentes).

Dicho lo anterior, cabe afirmar en clave de complemento que el DIPr, a *grosso modo*, abarca en su objeto de estudio tanto las relaciones de familia internacional (alimentos, adopción, sustracción, sucesiones, divorcios, etc.) como las relaciones contractuales (contratos celebrados entre personas físicas o jurídicas cuyos establecimientos, por ejemplo, se ubican en distintos Estados).¹¹⁹

La pregunta que cabe hacerse en este momento es cómo afectan las reformas y adiciones a la CPEUM al DIPr. Veamos su contenido y expliquemos su impacto.

Por cuanto hace a la adición de la fracción XXIX-P del artículo 73 queda redactado de la siguiente manera: “Expedir leyes que establezcan *la concurrencia 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”. Por lo que

¹¹⁹ Véase por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Ley aplicable a los contratos internacionales. A la fecha ratificado por México y Venezuela.

se refiere al artículo 4, en la reforma al párrafo sexto y séptimo, queda asentado en los siguientes términos: “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”.

Dichas reformas y adiciones hace que pongamos sobre la mesa la oportunidad, alcance e implicaciones de “constitucionalizar” dicho principio protector de la minoridad. Un paso que sin duda consolida un cambio en la concepción del menor, el cual ha pasado de ser ignorado y visto como un objeto a visualizarse y ser tratado como un verdadero e indiscutible sujeto de derechos, titular de los mismos.

Dos son los comentarios *internacionalprivatistas* que nos despiertan estas reformas y adiciones.

Por lo que se refiere a la reforma del artículo 4,¹²⁰ párrafos sexto y séptimo, materializa el derecho a la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento de cara a conseguir un desarrollo integral del menor; estableciendo la obligación de que todas las políticas públicas deben orientarse en este sentido tuitivo. Para garantizar el efectivo cumplimiento se prevé que los ascendientes, tutores y custodios, así éstos son los legitimados para reclamar dicho cumplimiento. Unos pronunciamientos que no sólo afectan al DIPr sino a cualquier rama del Derecho cuyo estudio se oriente a la protección de este sector poblacional.

¹²⁰ Al hacer mención a los derechos de alimentación, salud, educación, sano esparcimiento y dignidad (DOF de 7 de abril del 2000). El 29 de mayo de 2000 se publicó la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, fungiendo así como ley reglamentaria del artículo 4. En clave de complemento encontramos la Ley de Asistencia Social, de 2 de septiembre de 2004, donde se declaran como personas prioritarias de dicha asistencia así como la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación, de 11 de junio de 2003.

Por lo que se refiere a la adición de la fracción XXIX-P del artículo 73 su impacto es mayor en el DIPr. Antes de la adición de esta fracción era indiscutible afirmar que el DIPr, en su faceta protectora de la minoridad, se concretaba en el plano estatal y no federal; llegar a esta conclusión suponía realizar la suma o “interpretación sistemática”¹²¹ de los artículos 124 y 73 de la CPEUM. Este panorama normativo despertaba la inquietud de que este principio sería contextualizado en cada una de las entidades federativas pudiendo alcanzarse resultados diferentes dependiendo de su localización.

Esta adición viene a nuestro juicio a dar pleno sentido a la necesaria uniformidad y armonía legislativa al interior de la República Mexicana, al tiempo que minimizará la posibilidad de “esquizofrenia jurídica”, de *forum shopping*¹²² o incluso de fraude al foro o a la ley, figuras que producían una inevitable relatividad de soluciones *ad intra*.

Entendemos que la interpretación y aplicación de este principio se debe hacer de manera uniforme en cada uno de los estados que componen la República mexicana desde que la problemática y afectación que se puede hacer a los menores y a sus derechos es la misma, con absoluta independencia de la entidad federativa en la que se halle el menor. Es así que esta adición supone un punto de inflexión en las peticiones de uniformidad que veníamos formulando. Así, Manterola Martínez afirmaba que “es sabido que en nuestro país, la multiplicidad de sistemas legales vigente en el territorio nacional, se debe a la soberanía del

¹²¹ Rojas Amandi, V.M.: “El sistema conflictual mexicano”, *Jurídica*, Núm. 34, México, 2004, pp. 167-168.

¹²² Como bien señala Vázquez Pando “dos problemas de rango constitucional requieren ser resueltos con claridad, antes de analizar el régimen jurídico de la adopción internacional de menores, pues se presentan como cuestiones previas: el determinar si el derecho internacional privado es una materia de competencia federal o local, y el de si el Ejecutivo Federal puede o no celebrar tratados internacionales en materias que, desde el punto de vista de la distribución de la competencia legislativa interna, caen en el ámbito reservado a los Estados de la Federación. El primer problema es de importancia fundamental, pues de su solución resultará si las normas de derecho internacional privado que contiene el Código Civil para el Distrito Federal son de alcance meramente local, o bien si son, por su materia misma y no en tanto supletorias de la legislación federal, de observancia general en la República. El segundo problema es de importancia no menor, de inserción directa en nuestro tema en tanto la adopción es una institución propia del derecho civil, rama ésta que indiscutiblemente está reservada a las legislaciones locales”. Vázquez Pando, F.A.: “Régimen jurídico de la adopción internacional de menores”, en *Derechos de la Niñez*, IJ-UNAM, México, 1990, pp. 202-203.

régimen jurídico interior de los estados lo cual crea problemas de todo orden respecto a los ámbitos de validez, por lo que es aconsejable, con el ánimo de evitar el que se cometa fraude a la ley, se unifique la legislación nacional en materia de protección de menores”.¹²³ No es la primera vez que nos pronunciamos sobre la oportunidad de que los asuntos relacionados con la familia, principalmente en su vertiente internacional, en general, y de minoridad, en específico, tenga una consonancia plena y armonía absoluta al interior de la República y parece ser que esta adición XXIX- P viene a darnos la razón. Esta adición viene a corregir el problema que generaba contar con una relatividad de soluciones *ad extra* y *ad intra* que podría conducirnos a resultados diametralmente opuestos en situaciones de parecidas características.¹²⁴

Esta aspiración parecía ya desprenderse del Proyecto de 27 de abril al afirmarse que “estas comisiones dictaminadoras coinciden en establecer en el artículo 73 constitucional la facultad del Congreso para legislar en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes; en el entendido de que se trata de un tema de prioridad de la Federación y así se podrá contar con un instrumento jurídico adecuado. Porque si bien el Congreso de la Unión ha emitido una ley en la materia, abrió la puerta a una variedad de versiones estatales sobre un mismo derecho, ya que como se menciona en el dictamen de la Colegisladora, no obstante la existencia de ordenamientos secundarios en 30 entidades federativas, lo que tenemos es una heterogeneidad que atenta en contra de quienes se suponen son los sujetos fundamentales de estas leyes: niñas, niños y adolescentes. Es por ello que resulta necesario que los tres órdenes de gobierno, en una relación armónica, de recíproca complementación y de idéntica

¹²³ Véase Manterola Martínez, A.: “De la pluralidad a la unidad legislativa en materia de protección de menores” en *Derechos de la Niñez*, IJ-UNAM, México, 1990, p. 49.

¹²⁴ No todas las ramas del derecho se pronuncian en este sentido, así la acción de inconstitucionalidad 37/2006, novena época, Semanario judicial de la federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, página 594 apuesta por una variedad en la determinación del plazo que los menores pueden estar internados y determina que el límite máximo no debe ser único para la diversas entidades federativas, porque la problemática que presentan en torno a la delincuencia juvenil es muy variada “por lo tanto, corresponderá a los órganos legislativos, atendiendo a la particular situación de la entidad federativa respectiva, fijar ese tope, como límite de la medida de internamiento”.

responsabilidad puedan dar mejores resultados. Ya que por tratarse de un derecho fundamental, no debe tener modalidades distintas”.

Lo anterior se suma que en todas las entidades federativas encontramos como común denominador del orden público, el *ius cogens*, de la materia familiar, la cual resulta de obligada observancia.¹²⁵ Ahora bien, ambas características, soberanía estatal y orden público, no estaban peleadas con una armonía a la hora de diseñar las situaciones en las que se encuentra un menor y darle una misma respuesta.

La herramienta que se utiliza para alcanzar tal fin se denomina “facultades o competencias concurrentes”; según el Proyecto de 27 de abril “las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, los municipios y la Federación, pueden actuar respecto de una misma materia, pero que, en estos casos, corresponde en exclusiva al Congreso de la Unión, el determinar la forma y términos de la participación de dichos entes, a través de una ley general”. Es por ello que parece ser que la materia de la minoridad, nacional e internacional, será orquestada por el Congreso de la Unión, a través de una ley general, lo cual reducirá el margen de actuación libre de cada entidad federativa. Entendemos que esta adición representa una suma de esfuerzos realizados por todas las entidades, dirigida por el Congreso de la Unión, dirigida hacia un mismo fin, en una misma dirección, bajo los mismos parámetros y directrices.

V. LAS TÉCNICAS DE REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Asentadas las bases introductorias y generales anteriores veamos qué puede aportar el *iusprivatista* en la construcción y contextualización de este principio.

1. LA NORMA DE COMPETENCIA JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL

El primer interrogante al que busca dar respuesta el Derecho Internacional Privado, en orden al diseño de su contenido, es la competencia judicial civil

¹²⁵ Rivero Hernández, F.: *El interés del menor, ..., op. cit.*, p. 94.

internacional.¹²⁶ Esta respuesta se obtendrá de la norma de competencia judicial civil internacional la cual, pudiendo ser convencional o autónoma, presenta una estructura tripartita (supuesto de hecho, consecuencia jurídica y punto de conexión). Es en el diseño de esta tercera parte donde el legislador debe inclinar la elección del foro a favor de los tribunales más próximos al menor. Estamos ante lo que se ha denominado como “foro de protección”.¹²⁷

Se trata de buscar de manera general “cuál es la autoridad mejor informada y que se encuentra en mejor situación, entre todas las autoridades que se hallan conectadas con la situación fáctica considerada, para adoptar una decisión rápida y eficaz”¹²⁸ y, de manera específica se busca cuál es la norma que protege¹²⁹ e inclina la balanza a favor del menor en aras de conseguir una mayor protección por aproximación.

La regla general a seguir a la hora de diseñar la norma de competencia radica en atribuir competencia al tribunal que se caracteriza por las notas de proximidad,¹³⁰

¹²⁶ Código de Procedimientos Civil es. Aguascalientes (artículo 142.IV; VIII; IX y X); Baja California (artículo 157.IV; VIII; IX; X); Baja California Sur (artículo 156.IV; VIII; IX; X; XIII); Campeche (artículos 161; 166; 168 y 169); Coahuila (artículo 40.VIII; VIII; IX; XI; XII; XVII; XXI); Colima (artículo 155.IV; VIII; IX y X); Chiapas (artículo 158.IV; VIII; IX; X y XIII); Chihuahua (artículo 155.IV; VIII; IX; X y XIII); Distrito Federal (artículo 156.IV; VIII; IX; X y XIII); Durango (artículo 156.IV; VIII; IX; X; XIII; XIV y XV); Guanajuato (artículo 30.IV; VI; artículo 31 y 32); Guerrero (artículo 31.IV y VIII); Hidalgo (artículo 154. IV; VIII; IX y X); Jalisco (artículo 161.IV; VIII; IX; X y XIII); México (artículo 1.42.III; VIII; IX; X y XIII) Michoacán (artículos 166; 167; 168; 174; 175 y 176); Morelos (artículos 34 a 38 I; IV; VII; VIII; X; XIII y XVI); Nayarit (artículo 30.IV; VII; VIII; IX y XII); Nuevo León (artículo 111. IV; VIII; IX; X; XIII y XIV); Oaxaca (artículo 146.IV; VIII; IX; X y XIII); Puebla (artículos 108.XIII; XV; XVI; XVII; XVIII; XIX y XXI); Querétaro (artículo 154.IV; VIII; IX; X; XIII; XIV y XV); Quintana Roo (artículo 157.IV; VIII; IX; X y XIII); San Luis Potosí (artículo 155.IV; VIII; IX; X; XIII y XIV); Sonora (artículos 107 y 109.V; VIII; IX; IX BIS; XII y XV); Sinaloa (artículo 153.IV; IX; X; XI; XIV y XV); Tabasco (artículo 28.IV y VIII); Tamaulipas (artículos 194 y 195. IV; VIII; IX y X); Tlaxcala (artículos 160; 161; 165; 167; 169 y 170); Veracruz (artículos 116.IV; VIII; IX; X; XI; XIII y XIV); Yucatán (artículos 80; 82; 86; 89; 91); Zacatecas (artículos 109.V; VIII; IX; XII y XV); En el CFPC (artículos 24.IV; 25 y 26).

¹²⁷ Cfr., Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., p. 55 y Fernández Rozas, J.C y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., p. 89 y Rodríguez Jiménez, S.: *competencia judicial civil internacional*, IJ-UNAM, México, 2008.

¹²⁸ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Colex, España, 2003, pp. 38-39.

¹²⁹ Etel Rapallini, L.: Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez”, ..., loc. cit., p. 102.

¹³⁰ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado...*, op. cit., p. 58. Esta autora señala que “en suma, y en interés del menor, la trascendencia de las autoridades de la residencia habitual ha ido *in crescendo* a medida que la relevancia de la autoridades de la nacionalidad disminuía”, p. 60.

neutralidad y razonabilidad; debe descartarse configurar de manera tendenciosa el señalamiento del foro, apuntando a una de las partes implicadas en la relación, cuando éstas se presentan en un mismo plano, en igualdad; ahora bien, una vez más constatamos que toda regla general tiene sus excepciones y en este sentido el otorgar competencia a los tribunales de una parte, cuando ésta se caracteriza por ser la parte débil de la relación jurídica, ayudará incluso a abonar el terreno del reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras.¹³¹

Como sostiene el profesor Fernández Arroyo “puede considerarse que no existe justificación cuando la atracción al foro, además de no cumplir con el índice de proximidad, se realiza en menoscabo del equilibrio entre las partes, favoreciendo a una de ellas, que suele ser la vinculada con el foro. Claro que no toda inclinación de la balanza a favor de una de las partes implica que se está incurriendo en un foro irrazonable, ya que pueden existir supuestos en los cuales dicho favoritismo venga exigido por valores superiores del ordenamiento”.¹³²

Estamos ante el denominado foro de protección, el cual persigue restablecer el necesario equilibrio procesal-material que debe existir entre las partes implicadas.¹³³ Equilibrio que se consigue a través de inclinar la balanza a favor del foro de la parte débil (menor, cónyuge abandonado, incapaz, consumidor, trabajador individual, etc.).

Como ejemplos de foros de protección en el rubro que nos interesa encontramos: la residencia habitual o domicilio del menor (para el caso de alimentos, adopción, nombramiento de tutor y sustracción); *forum loci delicti commissi* (para el supuesto de sustracción), el lugar donde se encuentre o se suponga que se encuentre (para

¹³¹ La importancia de este sector así como el de cooperación se deja ver, por ejemplo, en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores.

¹³² Cfr., Fernández Arroyo, D.P.: “Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo?”, *Jurídica*, Núm. 34, 2004, p. 61. En esta obra se afirma que “tal es el caso de los llamados foros de protección, cuya finalidad consiste en restablecer el equilibrio entre los participantes de aquellas relaciones jurídicas donde el mismo no existe por definición, poniendo a disposición de la parte débil el foro que en principio le resulta más accesible”.

¹³³ Fernández Arroyo, D.P.: “Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo?”,..., *loc. cit.*, pp. 153-154.

sustracción), el domicilio o residencia habitual del deudor de alimentos o donde éste tenga vínculos personales (para el supuesto de alimentos), el del domicilio del tutor (para casos de tutela del menor cuando ello sea necesario).

Partimos de afirmar que el diseño de una norma de competencia cuando se trata de regular al menor debe contemplar en su punto de conexión la residencia habitual de éste o, en su caso, el domicilio.

Entendemos que la residencia habitual¹³⁴ representa el centro donde el menor tiene sus influencias y vínculos familiares, afectivos, educativos, sociales, culturales, donde se encuentra su centro social de vida, donde se halla la efectiva integración de una persona en una comunidad¹³⁵ el centro de sus intereses,¹³⁶ en definitiva, donde se “responde a las necesidades y expectativas del menor”.¹³⁷

En contrapartida, entendemos que las autoridades del Estado del que es nacional el menor no necesariamente representa ese cúmulo de referentes por lo que se ha afirmado que estamos ante una “erosión de la nacionalidad como factor de conexión de la persona a un sistema determinado en el derecho de familia”.¹³⁸ A modo de conclusión, señalamos que el criterio de la residencia habitual refuerza, a todas luces, el principio de proximidad e inmediatez cuando de proteger al menor se trata.

¹³⁴ La consolidación de la residencia habitual implica el lapso de más de seis meses continuados en el mismo lugar. Aguascalientes (art. 26: “se presume el propósito de establecerse en un lugar, cuando se reside por más de seis meses en él”); Baja California (art. 30); Baja California Sur (art. 29); Campeche (art. 34); Coahuila (art. 72); Colima (art. 30); Chiapas (art. 28); Chihuahua (art. 30); Distrito Federal (art. 29); Durango (art. 30); Guanajuato (art. 30); Guerrero (art. 234); Hidalgo (art. 30); Jalisco (art. 73); México (2.18); Michoacán (art. 26); Nayarit (art. 29); Nuevo León (art. 28 Bis); Oaxaca (art. 30); Puebla (art. 58); Querétaro (art. 30); Quintana Roo (art. 553); SLP (art. 23); Sinaloa (art. 30); Sonora (art. 125); Tabasco (art. 41); Tamaulipas (art. 26); Tlaxcala (art. 25); Veracruz (art. 38) y Yucatán (art. 22). No encontrándose en el Código Civil de Zacatecas un plazo determinado.

¹³⁵ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores, ..., op. cit.*, p. 85; afirmaciones parecidas las encontramos en Calvo Caravaca, Carrascosa González, Castellanos Ruiz.: *Derecho de familia*, Colex, España, 2008, pp. 340-342 y 364

¹³⁶ Calvo Caravaca, Carrascosa González, Castellanos Ruiz.: *Derecho de familia*, Colex, España, 2008, p. 364.

¹³⁷ Etel Rapallini, L.: Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez”, ..., *loc. cit.*, p. 103.

¹³⁸ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades, ..., op. cit.*, pp. 40-41; igualmente la doctrina señala el alejamiento de este criterio a la hora de buscar la mejor protección del menor, véase Etel Rapallini, L.: Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez”, ..., *loc. cit.*, p. 103.

Ahora bien, entre la elección de domicilio o de residencia habitual nos quedamos con el segundo criterio desde que entendemos que se diluye “la dificultad de precisar una noción de hecho como es la residencia habitual frente a la noción jurídica de domicilio. Se prefirió, no obstante, la conexión de la residencia habitual por razones de técnica jurídica y por responder mejor a la naturaleza de las cosas, entendiéndola como centro efectivo de la vida del menor, en contraposición con la noción de domicilio que, además de ser un concepto jurídico cuyo contenido varía según las legislaciones nacionales, posee la agravante de que el menor no tiene un domicilio propio, sino que depende del de sus padres”.¹³⁹

La residencia habitual como punto de conexión aparece en el estado de Aguascalientes (artículo 142.IX); Baja California (artículo 157.IX); Baja California Sur (artículo 156.IX); Campeche (artículo 168); Coahuila (artículo 40.VII); Colima (artículo 155.IX); Chiapas (artículo 158.IV-IX); Chihuahua (artículo 155.IX); Distrito Federal (artículo 156.IX); Durango (artículo 156.IX); Guanajuato (artículo 31) Hidalgo (artículo 154.IX); Jalisco (artículo 161.VIII); México (artículo 1.42. IX); Michoacán (artículo 175) Morelos (artículos 34 VII); Nayarit (artículo 30.VIII); Nuevo León (artículo 111.IX); Oaxaca (artículo 146.IX); Puebla (artículo 108.XIX- XXI; Querétaro (artículo 154.IX-XIII-XIV-XV); Quintana Roo (artículo 157.IX); San Luís Potosí (artículo 155.IX); Sonora (artículo 109.VIII); Sinaloa (artículo 153.X); Tamaulipas (artículo 195.IX); Veracruz (artículo 116.IX); Zacatecas (artículo 109.VIII). En el Código Federal de Procedimientos Civiles se encuentra en el artículo 25.

Ahora bien, a pesar de que el criterio de la residencia habitual es el que refleja una mayor proximidad del menor con su centro de vida, no podemos obviar que estamos ante un punto de conexión volátil, mutable; derivadas de estas características sería adecuado que el legislador detuviera el tiempo, por ejemplo, al momento de consolidarse la adopción, al momento de fijarse la prestación de alimentos, al momento de realizarse el traslado del menor, etc.¹⁴⁰

2. LA NORMA DE CONFLICTO MATERIALMENTE ORIENTADA

¹³⁹ Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico, ..., op. cit.*, p. 127.

¹⁴⁰ Véase Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, sexta edición, Comares, España, 2005, pp. 166-169.

El segundo sector que da forma y sentido al contenido del DIPr es el destinado a determinar el Derecho aplicable¹⁴¹ y en este sector se aconseja la adopción de soluciones flexibles las cuales encontramos ejemplificadas en las disposiciones de conflicto materialmente orientadas”,¹⁴² la *Content Oriented Choice of Law Rules*. Si la protección del menor estaba asegurada en el sector competencial por virtud de los foros de protección en esta ocasión se hace por medio de la norma de conflicto materialmente orientada.

De forma general podemos asentir que la norma de conflicto, siendo una de las técnicas que el legislador puede elegir para dar forma al sector del Derecho aplicable, presenta la misma estructura tripartita que la norma de competencia judicial civil internacional, con la única diferencia de que en este caso su punto de conexión tiene como objetivo “localizar” la situación jurídica en un determinado Estado, cuyas normas materiales proporcionará la solución concreta y de fondo a dicha situación litigiosa.¹⁴³ Del anterior razonamiento se infiere que un juez mexicano puede encontrarse en la situación de tener que aplicar las normas materiales de un tercer Estado con el objetivo de resolver el fondo de la controversia “si sus normas conflictuales así se lo ordenan”.¹⁴⁴ Estamos ante

¹⁴¹ La importancia de este segundo sector lo encontramos manifestado en varios convenios: Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores; el convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción y el convenio de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimentarias

¹⁴² Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico,...*, op. cit., p. 89; Nota al pie 205 y p. 169 y Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado,...*, op. cit., p. 154. Una definición dentro del contexto autónomo mexicano lo encontramos en el artículo 21 BIS del Código Civil de Nuevo León el cual señala que “las normas conflictuales en asuntos de derecho civil, determinan las que deben ser aplicables a situaciones jurídicas creadas, con contacto del derecho extranjero. (...). Las normas conflictuales no se aplicarán en cuanto fueren incompatibles, con tratados o convenciones internacionales, de los cuales el estado mexicano sea parte actualmente, o lo sea en el futuro”.

¹⁴³ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, sexta edición, Comares, España, 2005, p.152. En este orden de ideas señalan estos autores que “La norma de conflicto “localiza” una relación jurídica en un país determinado, cuyo Derecho resolverá la pretensión planteada, proporcionando la “solución material” concreta a la pretensión”, p. 161.

¹⁴⁴ Rojas Amandi, V.: “El sistema conflictual mexicano”,..., *loc. cit.*, p. 164.

puntos de conexión “localizadores” de la norma material más adecuada para resolver el fondo.¹⁴⁵

De forma más concreta, la norma de conflicto materialmente orientada representa la descarada búsqueda de un resultado definido, concreto y previamente delimitado siendo en esta ocasión darle continuidad a la protección de un menor. Lo anterior lo consigue utilizando puntos de conexión de clara “orientación material”. Es así que “parten de una premisa de la que no pueden prescindir: la elección de un ordenamiento jurídico a través del cual se obtenga el resultado que se busca mediante la formulación de la norma. Por tanto, ese objetivo establecido ha de estar identificado y determinado”.¹⁴⁶

Como ejemplos de normas de conflicto materialmente orientadas encontramos el señalamiento de la norma material de: la residencia habitual o domicilio del menor (para alimentos, adopción y sustracción), la residencia habitual o domicilio del deudor de alimentos (para alimentos).

Con estos puntos de conexión de la norma de conflicto se busca localizar la norma material con la que el entorno social del menor se encuentra más conectado, y que “favorece la integración del niño en el medio en el que se desarrolla, garantizando así la realización del valor constitucional de protección integral del menor”.¹⁴⁷

De la suma de las ideas anteriores entendemos que la norma de conflicto que regule y otorgue sentido a este principio no puede tener como única función ser “simplemente localizadora”, es decir, no puede cumplir el único papel de “localizar” el supuesto de hecho en la norma material de uno de los Estados vinculados; de ser así estaríamos ante una función que se realizaría al margen del resultado final y del contenido sustantivo de este principio; en este sentido, no podemos utilizar

¹⁴⁵ Rojas Amandi, V.: “El sistema conflictual mexicano”,..., *loc. cit.*, p. 160.

¹⁴⁶ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*,..., *op. cit.*, p. 155. Esta autora menciona que “ya hemos manifestado nuestra opinión en torno a la necesidad de que el objetivo material previsto esté perfectamente identificado”, p. 161.

¹⁴⁷ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*,..., *op. cit.*, pp. 40-41.

una norma “de conflicto meramente localizadora”;¹⁴⁸ al contrario, necesitamos el uso de normas de conflicto que supongan una clara orientación material, que designe como aplicable aquella norma material que mejor plasme un concreto valor material; en este caso el *favor filii*.

Nos preguntamos nuevamente si la “residencia habitual” del menor es el mejor criterio para dar respuesta al fondo de una pretensión. Nuestra convicción es que la aplicación de la norma material de la residencia habitual del menor materializa un criterio de previsibilidad¹⁴⁹ y proximidad para los interesados. Ahora bien, se ha afirmado que “es necesario precisar que la ley de residencia habitual tampoco ofrece una respuesta totalmente satisfactoria en todos los supuestos, optándose en la regulación de una materia cargada de imperatividad por hacer coincidir *forum e ius*, esto es, porque las autoridades competentes para proteger a estas personas apliquen su propia ley, atendiendo al criterio de inmediatez y cercanía”.¹⁵⁰ Ahora bien, no podemos desconocer que en un alto porcentaje tanto la norma de competencia como la de derecho aplicable optarán por el punto de conexión que representa la residencia habitual del menor, lo cual supone una conciliación de ideas entre las dos afirmaciones anteriores. Lo anterior desde que el punto de conexión que se reitera en los distintos convenios, tanto para la determinación de la competencia judicial civil internacional como en la determinación del derecho aplicable, es la residencia habitual.¹⁵¹

Este criterio fáctico¹⁵² representa una cuestión adjetivada por la habitualidad (integración)¹⁵³ y la legalidad, refleja, en definitiva, un principio de eficiencia.¹⁵⁴ Es

¹⁴⁸ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, sexta edición, Comares, España, 2005, pp. 166-169. Como bien señalan estos autores “la norma de conflicto clásica (“normas de conflicto meramente localizadoras”) fue acusada de ser una “norma ciega a los resultados materiales”, una norma que se olvidaba de los problemas sociales presentes en las situaciones privadas internacionales”.

¹⁴⁹ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado,...*, op. cit., p. 138.

¹⁵⁰ Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico,...*, op. cit., p. 172.

¹⁵¹ Dreyzin de Klor, A.: “La restitución internacional de menores” en Dreyzin de Klor, A. (Coord.): *La protección internacional de menores*, Advocatus, Argentina, 1996, p. 35.

¹⁵² Se afirma que es un concepto fáctico desde que éste “no depende de datos jurídicos como la inscripción del menor en Registros, padrones municipales u otros sistemas de control administrativo, o el domicilio legal o la nacionalidad”. Cfr., Calvo Caravaca, Carrascosa González,

así que hablamos de la residencia habitual como un foro natural,¹⁵⁵ y como una noma material adecuada, al representar un concepto estable, “tenaz”¹⁵⁶ y cercano al menor.

V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN TRES CATEGORÍAS JURÍDICAS:

Nos referimos en este rubro a la volatilidad del interés superior del menor en su faceta objetiva, esto es, de la categoría jurídica.¹⁵⁷

Para entender el punto álgido de esta volatilidad debemos señalar que en la estructura de un concepto jurídico indeterminado se han hallado los siguientes elementos:

a) “un núcleo fijo o “zona de certeza” positiva, configurado por unos datos seguros a modo de presupuesto o condicionamiento inicial mínimo (en nuestro caso, al menor le interesa ante todo preservar su integridad física y moral)”;

b) “una “zona de certeza negativa”, igualmente segura en el sentido de que a partir de ahí desaparece el valor implícito en el concepto (aquí deja de haber “interés del menor”): por ejemplo, un niño de cinco años no puede ser confiado a una persona depravada y violenta: es el límite inferior del interés del menor)”;

c) “una zona intermedia, de variación o de incertidumbre (“halo conceptual”), donde caben opciones varias dentro de márgenes relativos e imprecisos – volviendo a nuestro caso y ejemplo del niño, cabría confiar su guarda a su madre, aunque no tenga buena salud, o a alguna de sus dos tías, personas honorables y en buenas condiciones personales de atenderlo-; zona ésta de ambigüedad tanto

Castellanos Ruiz.: *Derecho de familia*, Colex, España, 2008, pp. 334 y 364. De igual parecer encontramos a Etel Rapallini, L.: Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez”,..., *loc. cit.*, p. 103.

¹⁵³ Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico*,..., *op. cit.*, pp. 127-128.

¹⁵⁴ Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico*,..., *op. cit.*, p. 127.

¹⁵⁵ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*,..., *op. cit.*, pp. 66-67.

¹⁵⁶ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*,..., *op. cit.*, p. 91.

¹⁵⁷ Cárdenas Miranda, E.L.: “El interés superior del niño y la ratificación del Convenio 138 de la OIT”,..., *loc. cit.*, p.143.

más amplia a medida que el concepto deja de ser técnico o especializado y se inserta en lo cultural y valorativo”.¹⁵⁸

Veamos cómo se conjugan estos tres elementos en cada una de las categorías jurídicas siguientes:

1. ALIMENTOS

Sabemos que las solicitudes de alimentos a nivel internacional son cada vez más numerosas por motivos de distinta índole: a) los movimientos de mano de obra a través de las fronteras, b) la rapidez de los medios de transporte, c) la progresiva liberalización de las legislaciones en materia de divorcio,¹⁵⁹ d) las nuevas estructuras familiares, etc. Todos estos factores contribuyen a que esta categoría cobre cada vez mayor protagonismo y reivindique un lugar preferente social y jurídicamente.

Cuando hablamos de alimentos la “zona de certeza positiva” se dibuja en el derecho del menor a recibir una pensión de alimentos acorde con sus necesidades, que le permita su normal desarrollo, educación y sano esparcimiento. De manera general podemos afirmar que el interés superior consiste en el deber de la familia de proporcionar, de manera proporcional, una profesión, arte u oficio, acorde a sus posibilidades. En este supuesto creemos que la minoridad incide de manera directa sobre la existencia o no de esta obligación alimentaria así como sobre la decisión del monto, la jerarquía de los deudores, el criterio de proporcionalidad, etc. La “zona negativa” entendemos que sería dejar de suministrar alimentos al menor, en el sentido más amplio de este concepto (art. 308 Código Civil del Distrito Federal). En este sentido la contradicción de tesis 47/2006¹⁶⁰ señala que el incumplimiento parcial o insuficiente de la obligación alimentaria por más de noventa días, de manera injustificada, puede dar lugar a que se actualice la causa de pérdida de la patria potestad (...) toda vez que esta

¹⁵⁸ Rivero Hernández, F.: *El interés del menor,...*, op. cit., p. 268.

¹⁵⁹ Véase González Campos, J., Fernández Rozas, J.C., Calvo Caravaca, A.L., Virgós Soriano, M., Amores Conrado, M. y Domínguez Lozano, P.: *Derecho Internacional Privado, parte especial*, sexta edición, Eurolex, España, 1995, p. 377.

¹⁶⁰ Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, abril de 2007, página 24.

clase de incumplimiento también puede calificarse como una conducta que va en detrimento de quien está sujeto a la patria potestad. La “zona intermedia” sería concretar el principio de proporcionalidad, equilibrar las necesidades del menor y la capacidad del deudor. Lo anterior motivado porque en muchas ocasiones el menor es utilizado como herramienta por los progenitores para conseguir más o menor pensión. Por un lado, nos encontramos quien crea artificialmente necesidades del menor a efectos de obtener mayor pensión y, por otro lado, hallamos a quien declara menores ingresos con el fin de dar menos pensión.

1.1. NORMATIVA AUTÓNOMA

Conjugando las anteriores afirmaciones con el DIPr sostenemos que en este rubro encontramos cuatro bloques competenciales extraídos de los distintos CPC estatales que pretenden, de diferentes maneras, proteger al menor:

A) quienes hacen competentes, a elección del acreedor al del domicilio del acreedor o al del deudor representando un claro foro de protección (art. 156 del Distrito Federal; art. 156. XIII Baja California Sur; art. 155.XIII Colima; 158.IV Chiapas; 155.XIII Chihuahua; 30.IV Guanajuato; 31. IX Guerrero; 161.XIII Jalisco; 155.XIII Querétaro; 155.XIV San Luis Potosí; 153.XIV Sinaloa; 109.XII Zacatecas);

B) quienes regulan únicamente el domicilio del acreedor alimentario materializando igualmente un foro de protección (Art. 40.XI Coahuila; 156.XIII Durango; 1.42.XIII México; 34.XIII Morelos; 30.XII Nayarit; 157.XIII Quintana Roo; 116.XIII Veracruz);

C) Quienes señalan el del último domicilio familiar o el del lugar de residencia del o de los acreedores alimentarios, a elección de estos últimos igualmente como un claro ejemplo de foro de protección (Puebla 108.XIX); quien prevé el domicilio del acreedor o domicilio del menor (Nuevo León 111.XIII) y quienes prevén competentes para la reclamación y aumento el del domicilio del acreedor o domicilio del deudor o donde haya vínculos personales y para el cese o reducción el del domicilio del acreedor (Tabasco 28.IV)

D) quienes no regulan explícitamente este supuesto de hecho en sus CPC (Art. 142 Aguascalientes; Art. 157 Baja California; Arts. 157 a 169 Campeche; 154 Hidalgo; 165 a 181 Michoacán; 146 Oaxaca; 107 a 111 Sonora; 194 a 195 Tamaulipas; 151 a 170 Tlaxcala y 73 a 90 de Yucatán).

A pesar de la diversidad normativa existente, en aquellos CPC que contemplan este supuesto de hecho todos tienen como norte legislativo el foro de protección al tener siempre en el punto de mira al acreedor de alimentos, en este caso al menor. Ahora bien, a pesar de esta afirmación, entendemos que la mejor manera de consolidar este principio es estableciendo foros alternativos, dando la posibilidad de concretar la competencia al acreedor en su domicilio o en el del deudor (donde posiblemente se encuentren las cuentas bancarias de las que se hará efectivo el pago de dicha pensión). Es por ello que entendemos que es el primer bloque normativo el que mejor proteger este principio del interés superior del menor.

Por lo que hace a la “norma de conflicto materialmente orientada” encontramos los siguientes Códigos Civiles:

a) Los que prevén el rubro del estado y la capacidad de las personas: a.1. Se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal (art. 13); a.2. Se rige por el derecho del lugar de su domicilio (15.I Jalisco; 21 Bis VI Nuevo León; 13 Querétaro: 5 A II Veracruz);

b) No se encuentra (Aguascalientes 12 y ss; Baja California 12; 12 Baja California Sur; Campeche 12; Coahuila 2; Chiapas 11; Chihuahua 8; Durango 12; Guanajuato 11; Guerrero 12; Hidalgo 12; México 1.9; Michoacán 2; Morelos 2; Nayarit 12; Oaxaca 11; Puebla 14; Quintana Roo 14; SLP 13; Sinaloa 13; Sonora 13; Tabasco 15; Tamaulipas 11; Tlaxcala 15; Yucatán 6 y Zacatecas 13)

Si bien la norma de competencia autónoma, a pesar de la diversidad, contempla foros de protección, entendemos que la norma de derecho aplicable es, en el mejor de los casos, una norma de extensión (entendemos que involuntaria) o una norma de conflicto que deja mucho que desear a la hora de buscar la protección del menor.

1.2. NORMATIVA CONVENCIONAL

En este rubro encontramos dos Convenios ratificados a la fecha por México y de los cuales haremos una breve semblanza con el único objetivo de ver cómo integran en su contenido, de forma implícita, el “interés superior” del menor:

- a) el Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos y
- b) la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias.

De forma general podemos cifrar la ventaja de estos Convenios cuya temática se enfrenta a una problemática concreta social en los siguientes puntos: 1) Ofrecen una respuesta particular y contextualizada a aquellas situaciones internacionales en las que el menor se ve necesitado, por su vulnerabilidad, de una especial protección. 2) Abordan situaciones familiares extremas donde se pone en peligro, en distintos grados, la estabilidad del menor, bien por dejar de suministrarle alimentos, bien por ser incorporado en un núcleo familiar que le es ajeno, bien por ser desplazados de un Estado que constituía su entorno; 3) Regulan problemas de elevada sensibilidad social, jurídica, de “fuerte carga humanitaria y en la mayoría de las ocasiones objeto de la opinión pública”;¹⁶¹ 4) unifican ciertos criterios y reglas de juego para aquellos Estados que deciden comprometerse por el contenido de los mismos.

Igualmente con carácter general podemos afirmar que el interés superior del menor queda perfectamente protegido a través de la contemplación de las denominadas Autoridades Centrales de cada Estado parte de los Convenios, es así que ellas suponen una pieza fundamental en el buen y eficaz funcionamiento de estos instrumentos. Se afirma, con toda razón que “su presencia es una garantía de que el interés del niño será apreciado en función de todos los elementos que constituyen su medio familiar, sean estos elementos nacionales o internacionales. La relevancia que tienen a efectos del buen funcionamiento y eficacia de los tratados sobre protección de menores, obliga a los Estados a

¹⁶¹ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades, ..., op. cit.*, pp. 29-30.

dotarlas de personal y medios suficientes para cumplir su tarea con celeridad y eficacia”.¹⁶²

Por lo que se refiere al primer Convenio establece un sencillo mecanismo que facilita el pago de las pensiones a los acreedores. Su finalidad es facilitar a aquellos acreedores alimentarios que se encuentren en el territorio de una de las partes contratantes la obtención de los alimentos de otra persona que está sujeta a la jurisdicción de otra parte contratante.¹⁶³ Este objetivo se logra mediante los organismos denominados “Autoridades remitentes” e “Instituciones intermediarias”,¹⁶⁴ la cuales persiguen “abolir las fronteras jurídicas detrás de las cuales podrían cobijarse los deudores alimenticios”.¹⁶⁵

Mientras que este instrumento presenta un contenido sencillo, el convenio de La Haya ofrece una estructura más completa (que no compleja) al abordar todos los interrogantes que lanza una situación jurídica privada e internacional.¹⁶⁶

Como bien señala Dreyzin de Klor “la circunstancia que dos de las tres convencionales aprobadas por la CIDIP IV refieran a categorías pertenecientes al Derecho Internacional Privado de minoridad y familia no es producto del azar. Es indudable que la progresiva internacionalización en el continente y la dispersión internacional del núcleo familiar producto de la incidencia de diversas variables que provocan desplazamientos humanos constantes, crean el campo propicio para alentar reclamaciones ante los tribunales de la región, referidas a las cuestiones en análisis”.¹⁶⁷

¹⁶² Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*,..., *op. cit.*, p. 54.

¹⁶³ Siqueiros, J.L.: “Los alimentos de menores a nivel internacional”, en *Derechos de la Niñez*, IJ-UNAM, México, 1990, p. 183. Véase González Campos, J., Fernández Rozas, J.C., Calvo Caravaca, A.L., Virgós Soriano, M., Amores Conrado, M. y Domínguez Lozano, P.: *Derecho Internacional Privado, parte especial*,..., *op. cit.*, p. 378.

¹⁶⁴ Siqueiros, J.L.: “Los alimentos de menores a nivel internacional”,..., *loc. cit.*, p. 184.

¹⁶⁵ Véase González Campos, J., Fernández Rozas, J.C., Calvo Caravaca, A.L., Virgós Soriano, M., Amores Conrado, M. y Domínguez Lozano, P.: *Derecho Internacional Privado, parte especial*,..., *op. cit.*, p. 378.

¹⁶⁶ Además de esta convención interamericana podemos mencionar otras que, de manera indirecta, afectan o inciden en el supuesto de alimentos, nos referimos a la de exhortos o cartas rogatorias, la de recepción de pruebas en el extranjero y la de cumplimiento de medidas cautelares. Siqueiros, J.L.: “Los alimentos de menores a nivel internacional”,..., *loc. cit.*, p. 187.

¹⁶⁷ Dreyzin de Klor, A.: “La restitución internacional de menores”,..., *loc. cit.*, p. 41.

Por lo que hace al interrogante de competencia judicial civil internacional encontramos un claro foro de protección hacia la parte débil de la relación jurídica, concretamente en el artículo 8; este foro se consolida al depositar en la voluntad del acreedor iniciar su reclamación (*forum shopping*) ante el juez o autoridad del Estado: 1. del domicilio o de residencia habitual del acreedor o 2. del domicilio o residencia habitual del deudor o 3. del juez del Estado con el cual el último tenga vínculos personales tales como posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos.¹⁶⁸ La cláusula competencial de cierre señala una sumisión tácita que debe ser tenida en cuenta por el acreedor de alimentos como un foro alternativo más tendiente a su protección. Una elección que se realizará teniendo presente las ventajas procesales y/o materiales que cada foro le represente.

Por lo que se refiere al interrogante de la norma de conflicto materialmente orientada encontramos el artículo 6, el cual señala que, a elección del juez declarado competente (de conformidad con el artículo 8), éste debe aplicar el ordenamiento jurídico que resulte más favorable al acreedor de alimentos de entre: a) la residencia habitual o domicilio del acreedor o b) la residencia habitual o domicilio del deudor. De esta manera se continúa protegiendo al menor.

Este Convenio, de carácter tripartito, regula igualmente el sector de la cooperación procesal internacional, como parte fundamental del contenido del DIPr y en este sentido regula la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias “normando las medidas provisionales o de urgencia que tengan como finalidad garantizar el resultado de una reclamación de alimentos pendiente o por instaurarse. Sin embargo, las disposiciones de este instrumento no podrán ser interpretadas de modo que restrinjan los derechos que el acreedor de alimentos tuviera conforme a la ley del foro”.¹⁶⁹

Un parámetro que debe tenerse en cuenta (a pesar de su dificultad) para determinar este principio es la “proporcionalidad” entre la capacidad del deudor y

¹⁶⁸ Siqueiros, J.L.: “Los alimentos de menores a nivel internacional”,..., *loc. cit.*, p. 190.

¹⁶⁹ Siqueiros, J.L.: “los alimentos de menores a nivel internacional”,..., *loc. cit.*, p. 190.

la necesidad del acreedor. De tal suerte el menor debe tener cubiertas sus necesidades básicas de conformidad con la capacidad del deudor.

Cabe señalar, a modo de cierre, que a este instrumento se le realizó una declaración interpretativa, que no una reserva, por parte de México en la que, a efectos de estas líneas, extiende la cobertura convencional a los parientes colaterales cuarto grado, menores e incapaces.¹⁷⁰ Desde la óptica del DIPr esta declaración interpretativa reporta tres graves problemas: a) la falta de reconocimiento y ejecución en un tercer Estado de la resolución mexicana dando alimentos a estos primos hermanos; recordemos que la materia de familia es de orden público y, normalmente los Estados extienden esta obligación hasta los parientes colaterales segundo grado (hermanos); b) la falta de respeto a la determinación de la norma material mexicana para la resolución del fondo que pueda realizar la norma de conflicto de un tercer Estado;¹⁷¹ lo anterior basado en la misma causa del apartado a); y c) la falta de reciprocidad entre los menores mexicanos y los de aquellos Estados que también hayan ratificado esta convención. Ello desde que México dará alimentos a un primer hermano menor que tengamos en otro Estado contratante, no pudiendo esperar lo mismo en caso inverso.

2. ADOPCIÓN

No resulta nuevo afirmar que la filiación puede ser por naturaleza¹⁷² o por adopción,¹⁷³ un rubro donde encontramos “novedades en las maneras de “nacer”,

¹⁷⁰ Igualmente la extiende a concubinos y a las relaciones entre adoptantes y adoptados, representando ésta última categoría un verdadero “pleonasma jurídico”.

¹⁷¹ Véase González Campos, J., Fernández Rozas, J.C., Calvo Caravaca, A.L., Virgós Soriano, M., Amores Conrado, M. y Domínguez Lozano, P.: *Derecho Internacional Privado, parte especial,...*, *op. cit.*, p. 377.

¹⁷² Se ha llegado a señalar que “es de observar, por último, que aun en los casos de filiación por naturaleza la realidad biológica adquiere perfiles complejos en ciertos supuestos de inseminación artificial”, Véase González Campos, J., Fernández Rozas, J.C., Calvo Caravaca, A.L., Virgós Soriano, M., Amores Conrado, M. y Domínguez Lozano, P.: *Derecho Internacional Privado, parte especial,...*, *op. cit.*, pp. 355-356.

¹⁷³ En este sentido se afirma que “la familia, actualmente, no surge, como lo hacía tradicionalmente, como consecuencia del matrimonio, sino que se construye precisamente en torno a la filiación, confluendo en la sociedad una pluralidad de modelos de familia cuyo vértice común es el hijo. De este modo, el Derecho de familia pasa a convertirse en un Derecho *puerocéntrico* concebido como un sector del Derecho orientado al desarrollo de la persona del individuo, cuya regulación imperativa se concentra únicamente alrededor del menor”, García Cano, S.: “La

es decir, en la actualidad se afirma que existen 27 maneras distintas de “procrear”,¹⁷⁴ adquiriendo todas las modalidades una trascendencia jurídica que no cabe desconocer en tanto atribuye un *status filii* que trae obligaciones y derechos recíprocos para las partes implicadas.

En este rubro hablar del principio del interés superior del menor entraña, a nuestro juicio, más variables y más complejidad que el anterior.

Primero. Cuando hablamos de adopción este principio debe estar entrelazado con el binomio control (pre y post adoptivo)- garantía.¹⁷⁵

Por lo que hace al control pre-adoptivo entendemos que la autoridad de origen del menor tendrá que asegurarse de que éste es adoptable mientras que la autoridad del Estado de recepción tendrá que hacerlo respecto a si los futuros progenitores son aptos para adoptar¹⁷⁶ así como asegurarse de que cuentan con todos los permisos para el internamiento y permanencia del menor.¹⁷⁷

Así, uno de los primeros parámetros a tener en cuenta para determinar este principio es la aptitud de los padres para proveer el necesario cuidado del menor en función de los hechos probados que rodean a la solicitud de adopción. Una aptitud que va más allá de la combinación sexual que puedan presentar los padres adoptivos, a pesar de las ampollas que este tema pueda representar para algún sector de la población. Ahora bien, no dejamos de ver que este tema todavía resulta controvertido y así como señala Zumaquero “uno de los supuestos en materia de adopción donde resulta más complicado determinar cuál es el interés

obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”,..., *loc. cit.*, pp. 532-533. De parecida opinión encontramos a Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico*,..., *op. cit.*, p. 87 quien afirma que “tal importancia ha adquirido el menor en el Derecho de familia actual que ha llegado a ser calificado como Derecho *puerocéntrico*. Y no es extraño. El interés superior del menor se ha configurado en el eje alrededor del cual deben girar todos los institutos relacionados con él”.

¹⁷⁴ González Martín, N.: “Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares: la adopción homoparental”, *Documento de Trabajo*, IJ-UNAM, Núm. 89, 2006, México, p. 5.

¹⁷⁵ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*,..., *op. cit.*, p. 67.

¹⁷⁶ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*,..., *op. cit.*, p. 165.

¹⁷⁷ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*,..., *op. cit.*, pp. 166-167.

del menor se plantea en el caso de adopción por persona homosexual”.¹⁷⁸ Estas líneas parten de la absoluta certeza de que el interés superior del menor está igualmente consolidado y respetado con padres homosexuales que con padres heterosexuales, llevando controles pre-adoptivos rigurosos en ambas categorías.

Por otro lado, se exige que los adoptantes hayan sido convenientemente asesorados con el fin de prepararlos para la adopción. Así, “el *interés del menor* exige que esta condición se cumpla para que el desconocimiento por los futuros padres adoptivos del medio social del que proviene el menor no ponga en peligro el éxito de la adopción”.¹⁷⁹

Por lo que hace al control post-adoptivo entendemos que éste no debe verse como algo meramente conveniente sino como una auténtica necesidad.¹⁸⁰ En este sentido creemos que es necesario trazar una gruesa línea entre la adopción y la figura jurídica autónoma que representa el tráfico de menores y, en esta labor resulta determinante la realización de dicho control post-adoptivo. En la Opinión Consultiva 17/2002 se afirmó por El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional que “la problemática de las adopciones ilegales, así como la prostitución y pornografía infantil generan una profunda preocupación a nivel internacional. Esta problemática tiene lugar mayormente cuando “se dan fallas de tipo legislativo que no implican ningún tipo de obstáculo para este tipo de ilícitos”. Se trata, en definitiva, de evitar lo que se ha dado en conocer como “situaciones claudicantes”.¹⁸¹

Segundo. El diseño del principio del interés superior del menor debe partir de considerar que estas figuras familiares han dado un giro de 180 grados pasando

¹⁷⁸ Véase Zumaquero Gil, L.: “El interés del menor en los tribunales españoles”,..., *loc. cit.*, p. 49. Para responder a esta pregunta hace referencia al Auto de 22 de enero de 2004 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 3 de Pamplona quien concede la adopción de dos menores por la compañera sentimental de su madre argumentando razones de estabilidad de la pareja o la capacidad y aptitudes de la solicitante para cuidar a las menores.

¹⁷⁹ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*,..., *op. cit.*, pp. 166-167.

¹⁸⁰ Vázquez Pando, F.A.: “Régimen jurídico de la adopción internacional de menores”,..., *loc. cit.*, pp. 226-227.

¹⁸¹ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*,..., *op. cit.*, pp. 164-165.

de gravitar alrededor de los adultos a hacerlo alrededor de los menores, que en la actualidad a una familia no se da un menor sino que a un menor se le da una familia.¹⁸² Así, debemos concientizarnos de que se ha producido una auténtica inversión de la ecuación familia-niños desde que la adopción no es un derecho de un matrimonio a tener a un menor en concepto de hijo, sino un derecho del menor a tener una familia “sustentando su interés superior”.¹⁸³

Tercero. Hablar del interés superior del menor pasa por tener en cuenta el denominado “principio de subsidiariedad”; en este sentido, debe considerarse en primer lugar la opción de que el menor permanezca en el Estado de origen, el que le vio nacer, de cara a conservar los vínculos, tradiciones, cultura, y demás rasgos de pertenencia con su grupo de origen; ahora bien, sólo en el caso de que no se pueda conseguir este prioritario objetivo el menor será adoptado en su modalidad internacional.¹⁸⁴

Más allá de las cuestiones controvertidas que se puedan dar en una figura como la adopción, entendemos que la “zona positiva” se concreta en el derecho del menor a tener una familia estable (no al revés), a rodearse de un afecto familiar, que le ayude a crear sus valores y principios. Entendemos que la familia es el primer núcleo donde el menor empieza a adquirir estos valores y principios, es, digámoslo así, su primera escuela. La “zona negativa” sería partir del principio del derecho de una familia a tener un hijo. En este sentido entendemos que al sufrir esta inversión la ecuación ya no se tendrían en cuenta las necesidades y realidades de los menores sino de las familias. La “zona intermedia” estaría representada por las adopciones realizadas por parejas del mismo sexo donde en la actualidad presenciamos debates puramente teóricos (no empíricos) sobre las *filias* y las *fobias* que esta realidad representa; ahora bien, al ser una realidad reciente tendremos que esperar algunos años para poder comprobar fehacientemente y sobre datos estadísticos fiables los *pros* o los *contras* de esta

¹⁸² Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores,...*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁸³ González Martín, N.: “Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares: la adopción homoparental”,..., *loc. cit.*, p. 26

¹⁸⁴ González Martín, N.: “Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares: la adopción homoparental”,..., *loc. cit.*, p. 11

modalidad de adopción. Por el momento, nos quedamos en el mero terreno de un debate plagado de particularismos culturales y (principalmente) religiosos, donde el respeto a la opinión ajena debe ser la paz.

2.1. NORMATIVA AUTÓNOMA

A diferencia del supuesto anterior donde el interés superior del menor no lo hemos encontrado de manera expresa, en el supuesto de adopción son numerosos los artículos que hemos encontrado en los cuerpos normativos autónomos: art. 413.II, 421 y 433 D del Código Civil de Aguascalientes; 387 II, 391 y 395 del Código Civil de Baja California; art. 432 Código Civil de Baja California Sur; art. 498, 507, 509 y 511 Código Civil de Coahuila; art. 390 C III, 390 D, 390 F, 398, 399 A, 404, 407, 410 L, 410 V y 410 Y Código Civil de Colima; art. 390 Bis V, 401, 492 Bis Código Civil de Chiapas; art. 367 II, 375 y 387 Código Civil de Chihuahua; art. 390 II y 398 Código Civil del Distrito Federal; 385.II, 387, 393, 402, 405 E, 405 F.II Código Civil de Durango; 451.II, 452.II, 454, 464 C y 464 J Código Civil de Guanajuato; 554, 555.II y III, 559, 567 y 581 Código Civil de Guerrero; art. 204, 208.VII, 211 y 212 de la Ley para la Familia de Hidalgo; 522, 531, 532, 537, 539.V, 543.III y 548 Código Civil de Jalisco; art. 4.178.III y 4.186 Código Civil del Estado de México; art. 372.II y 378 Código Familiar de Michoacán; art. 360, 368.I, 372 y 373.II Código Familiar de Morelos; artículos 382.IV, 389, 391, 399 y 402 D Código Civil de Nayarit; arts. 390.II, 390 in fine, 395, 401, 405.III y 407 Código Civil de Nuevo León; artículos 412 y 421 Código Civil de Oaxaca; 584 Código Civil de Puebla; 377, 379.II, 381 y 396 Código Civil de Querétaro; arts. 929, 932, 939, 947 y 958 Código Civil de Quintana Roo; 247 y 257 Código de Familia de San Luis Potosí; 391, 396 Bis, 405 y 408 Código Civil de Sinaloa; 559, 562 Ter Código Civil de Sonora; arts. 381, 386, 394, 399 V y 401 Código Civil de Tabasco; 359.II, 373 y 376 Código Civil de Tamaulipas; 230, 235, 240 A y 240 D Código Civil de Tlaxcala; 320 II, 322 y 328 Código Civil de Veracruz; Art. 309 A y 316 A Código Civil de Yucatán; 352, 360, 366, 369 Código Familiar de Zacatecas.

Por lo que hace a la norma competencial recogida en los CPC estatales queremos destacar dos grupos de CPC: por un lado los que regulan de manera expresa la competencia en caso de adopción: Chiapas (158.XIII: En los asuntos de adopción, será el juez competente, en el domicilio de la persona que se pretende adoptar); Durango (156 XIV. Para la constitución de la adopción, el juez del domicilio de la persona que se pretenda adoptar, sin que sea prorrogable. Para la anulación e impugnación de la adopción, el del lugar en que el adoptado tenía su domicilio al momento de llevarse a cabo la adopción; para la conversión de la adopción lo serán, a elección del promovente, el del domicilio del adoptado al momento de llevarse a cabo la adopción o, el del domicilio del adoptante o adoptantes al solicitarse la conversión; XV. para decidir

las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante o adoptantes y la familia de este o estos, el juez del domicilio del adoptante o adoptantes, mientras el adoptado no constituya domicilio propio. a partir de que el adoptado tenga domicilio propio, serán competentes, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado y el del domicilio del adoptante o adoptantes); Jalisco (161. VIII: tratándose de adopciones lo será el de la residencia de quien se pretende adoptar); Nuevo León (111.VIII: En todo lo relativo a la adopción, el juez del domicilio del menor que se pretende adoptar); Oaxaca (146. XIII. Para los casos de revocación de la adopción el del domicilio del tribunal que la decreto); Querétaro (154 XIV En la adopción, el de la residencia del adoptado; sobre la anulación o revocación de la adopción, el de la residencia del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción; respecto de la conversión de la adopción simple a adopción plena, a elección del actor, el lugar de residencia del adoptado al momento de la adopción o donde tenga domicilio el adoptante); Sinaloa (153. XVI. En los juicios de adopción o revocación de esta, el del domicilio del adoptado) y Tabasco (28.VIII in fine: en los procedimientos de adopciones, será competente para conocer el del lugar en donde resida habitualmente el adoptado). Por otro lado, un segundo grupo, aquellos CPC que no recogen expresamente el rubro de adopción obligando a encajar en distintas fracciones, con resultados a veces cuestionables, este supuesto de hecho: a) en el rubro de jurisdicción voluntaria haciendo competente al domicilio del que promueve, esto es al del domicilio del adoptado (156. VIII DF; 142.VIII Aguascalientes, 157. VIII Baja California; 156. VIII Baja California Sur; 169 Campeche; 40. XVII Coahuila; 155. VIII Colima; 155.VIII Chihuahua; 30. VI Guanajuato; 31.VIII Guerrero; 154.VIII Hidalgo; 1.42. VIII México; 173 Michoacán; 30.VII Nayarit; 108.XXI Puebla; 157.VIII Quintana Roo; 155.VIII San Luis Potosí; 109. XV Sonora; 195. VIII Tamaulipas; 170 Tlaxcala; 116. VIII Veracruz; 86 Yucatán y 109.XV Zacatecas); b) en los negocios relativos a la tutela de los menores siendo el punto de conexión la residencia de los menores o del tutor en su caso (156.IX DF, 142. IX Aguascalientes, 157.IX Baja California, 156.IX Baja California Sur, 168 Campeche, 40 VII Coahuila, 155.IX Colima, 155.IX Chihuahua; 31 Guanajuato, 154.IX Hidalgo, 1.42.IX México, 34.VII Morelos, 30.VIII Nayarit, 157. IX Quintana Roo, 155.IX San Luis Potosí, 109. V Sonora, 195.IX Tamaulipas, 165 Tlaxcala, 82 Yucatán, 109. VIII Zacatecas) y c) en la fracción destinada a las acciones de estado civil dando como competente al del domicilio del demandado, siendo esta la solución competencial más desafortunada al no estar ante un supuesto contencioso que arroje un demandado (156. IV DF, 142.IV Aguascalientes, 157.IV Baja California, 156 IV Baja California Sur, 161 Campeche, 155.IV Colima, 155. IV Chihuahua, 30.IV Guanajuato, 31.IV Guerrero, 154.IV Hidalgo, 1.42.III México, 30. IV Nayarit, 108.XIII Puebla, 157.IV Quintana Roo, 155.IV San Luis Potosí; 109.VIII Sonora, 194.IV Tamaulipas, 11.IV Veracruz, 109.V

Zacatecas). Un último rubro lo protagoniza Coahuila en cuya fracción XXI del 40 CPC determina competencia para los menores acogidos en instituciones de asistencia social donde determina la competencia del domicilio del menor. Sin duda podemos determinar que la mejor solución competencial la dan aquellos CPC que regulan de manera expresa el supuesto de adopción desde que los otros obligan a forzar la respuesta competencial dibujando puntos de conexión forzados y algo alejados de los foros de protección.

Por lo que hace a la norma de conflicto materialmente orientada encontramos la misma respuesta que en rubro de los alimentos dado que no contamos con un rubro específico para el supuesto de adopción.

Ahora bien, esta dispersión y variedad estatal en materia de competencia judicial civil internacional y derecho aplicable se encuentra también en el sector de la norma material, siendo igualmente criticable. En este sentido la doctrina señalaba que “el estudio de los problemas principales que plantea el régimen jurídico de la adopción internacional de menores son de cierta complejidad, dada la dispersión normativa –derivada del carácter local de las normas aplicables – y la inexistencia en las legislaciones locales de la adopción plena, lo cual aunado al territorialismo de la mayoría de los códigos civiles del país lleva a soluciones poco satisfactorias en la mayoría de los casos. (...). Como ya se ha visto, dado que tanto el derecho civil como el internacional privado en materia civil son locales, ello origina un primer problema: el de la pluralidad de regímenes, ya que la adopción internacional de menores, en todos los casos en que no sea aplicable la Convención, queda regulada por la legislación local, por lo que hay, o puede haber, tantos regímenes de la adopción internacional cuantos códigos civiles hay en el país”.¹⁸⁵ Una situación que esperemos pueda cambiar con la reformas al párrafo sexto y séptimo del cuarto constitucional así como la adición de la fracción XXI-P al setenta y tres constitucional.

2.2. NORMATIVA CONVENCIONAL

¹⁸⁵ Vázquez Pando, F.A.: “Régimen jurídico de la adopción internacional de menores”, ..., *loc. cit.*, pp. 227-228.

Por otra parte encontramos dos Convenios que regulan este supuesto de hecho: a) el de La Haya sobre de protección y cooperación en materia de adopción internacional de menores y b) la Convención Interamericana sobre ley aplicable a las adopciones internacionales.

Por lo que se refiere al Convenio de La Haya afirmamos que su aspiración es hermanar a los países desarrollados y en desarrollo.¹⁸⁶ Este instrumento tiene como ejes de actuación el respeto al interés superior del niño,¹⁸⁷ la subsidiariedad de la adopción y la comunicación y cooperación entre las autoridades del país de origen de los niños y las autoridades del país de su recepción o destino.¹⁸⁸ Este Convenio da cobertura a aquellas adopciones que establecen un vínculo de filiación (art. 2.2) excluyendo figuras típicas del derecho islámico tal como la *kafala*¹⁸⁹ o aquellas figuras que no establezcan vínculos de filiación.¹⁹⁰ Para conseguir este objetivo afirma que lo más importante es instaurar un sistema de cooperación que logre encauzar las relaciones entre los dos Estados implicados (el Estado del que son originarios y el Estado de acogida). En este afán de consolidar la cooperación prevé la vía de las Autoridades Centrales; esta moderna y eficiente vía representa un sustituto de las tradicionales vías de cooperación representadas por la vía diplomática, consular, judicial y particular.¹⁹¹

Este instrumento tiene como objetivo prioritario la constitución de la adopción con las debidas garantías y controles¹⁹² mediante: a) El establecimiento de garantías para que las adopciones internacionales tengan presente el interés superior y el respecto a los derechos fundamentales que le son propios; b) la implementación

¹⁸⁶ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*,..., op. cit., p. 6

¹⁸⁷ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*,..., op. cit., p. 32.

¹⁸⁸ Cárdenas Miranda, E.L.: "Adopción Internacional", *Estudios sobre adopción internacional*, González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coord), UNAM; México, 2001, p. 37.

¹⁸⁹ Cabe señalar brevemente que esta figura no otorga al menor los apellidos de la familia adoptiva ni tampoco derechos hereditarios. Limitaciones cuestionables cuando se trata de conjugar el interés superior del menor.

¹⁹⁰ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*,..., op. cit., pp. 68-69.

¹⁹¹ Cárdenas Miranda, E.L.: "Adopción Internacional",..., loc. cit., pp. 38-39.

¹⁹² Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*,..., op. cit., p. 164.

de un sistema de cooperación entre las autoridades de los Estados parte que asegure el respeto a dichas garantías y prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; c) Así como el asegurar el reconocimiento de las adopciones realizadas en el marco del Convenio.¹⁹³

En el contexto mexicano podemos señalar que el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) tendrá jurisdicción exclusiva en el Distrito Federal y jurisdicción subsidiaria en las 31 entidades federativas de la República. De tal manera que “fungirá como autoridad central para la aplicación de esta Convención” mientras que “la Secretaría de Relaciones Exteriores fungirá como autoridad central para la recepción de documentos provenientes del extranjero”.¹⁹⁴ Finalmente, por lo que se refiere al sector del reconocimiento y ejecución de sentencias, el artículo 24¹⁹⁵ establece el *principio del reconocimiento automático* (que no incondicional) como regla general, con la única excepción del orden público.¹⁹⁶

Esta Convención se aplica a la adopción de menores bajo la forma de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo (artículo 1). Cualquier Estado parte podrá extender su aplicación a cualquier forma de adopción internacional (artículo 2).¹⁹⁷

Por lo que se refiere al primer interrogante, la competencia internacional, observamos que el punto de conexión sigue siendo la residencia habitual del menor, esta afirmación la sustentamos en el artículo 15 el cual determina que

¹⁹³ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades, ..., op. cit.*, p. 33.

¹⁹⁴ Véase <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>. Consultada el 23 de septiembre de 2011. Libro Jiménez García, J.F.: *Derechos de los niños, ..., op. cit.*, p. 27.

¹⁹⁵ “sólo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado Contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño”

¹⁹⁶ Guzmán Zapater, M.: “Adopción internacional: ¿cuánto queda del derecho internacional privado clásico?, en *Mundialización y familia*, Calvo Caravaca, A.L. e Iriarte Ángel, J.L., Colex, España, 2001, p. 99. Esta autora afirma que “la dosis de agilidad que la cooperación de autoridades introduce en el sistema de DIPr se maximiza en este Convenio, hasta el punto de que cabría sustentar que la *cooperación constituye aquí un supuesto de garantía de la eficacia extraterritorial de decisiones de fondo* superando el marco tradicional dentro del que la cooperación – o asistencia- operaba en Convenios anteriores de la propia Conferencia de La Haya”.

¹⁹⁷ véase <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>. Consultada el 23 de septiembre de 2011. Libro Jiménez García, J.F.: *Derechos de los niños, ..., op. cit.*, p. 24.

“serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere esta Convención las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado”, artículo 16 “Serán competentes para decidir sobre anulación o revocación de la adopción los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción. Serán competentes para decidir la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o figuras afines, cuando ello sea posible, alternativamente y a elección del actor, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o las del Estado donde tenga domicilio el adoptante (o adoptantes), o las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión” y artículo 17 “Serán competentes para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituya domicilio propio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (o adoptantes)”. Este convenio, al instrumentalizar la residencia habitual del menor como criterio de referencia competencial, recoge una vez más, como ya pasara en el convenio interamericano sobre alimentos, un foro de protección a favor del eslabón débil.

Por lo que hace al derecho aplicable encontramos también reiterada la aparición de una norma de conflicto materialmente orientada, concretamente en el artículo 3 en tanto se orienta a la ley de la residencia habitual del menor para regular todos los requisitos que le son solicitados y, a la ley del domicilio de los adoptantes para regular todos los requisitos y condiciones que se refieren y requieren de los adoptantes.¹⁹⁸

3. SUSTRACCIÓN

Una primera idea que queremos destacar radica en la divergencia convencional respecto a la “norma material sobre calificación de menor”.¹⁹⁹ Lo anterior apunta a la existencia de una variedad en los ámbitos de aplicación personal de los Convenios examinados, donde probablemente la que más sorprenda sea la fijación de 16 años en aquellos convenios que *ratione materiae* se dedican a la

¹⁹⁸ Vázquez Pando, F.A.: “Régimen jurídico de la adopción internacional de menores”,..., *loc. cit.*, pp. 221-222.

¹⁹⁹ García Moreno, V.C.: “Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores”, en *Derechos de la Niñez*, IJ-UNAM, México, 1990, p. 259.

sustracción de menores (artículo 2 del Interamericano y 4 de La Haya).²⁰⁰ Este límite de edad se ha justificado por la doctrina al reconocer “la autonomía del menor a partir de dicha edad”²⁰¹ así como el hecho de “que una persona mayor de dieciséis años tiene en general una voluntad propia que podrá difícilmente ser ignorada, sea por uno u otro de sus padres, sea por una autoridad judicial o administrativa”.²⁰²

La “zona positiva” en este supuesto radica en el derecho del menor a convivir y relacionarse con cada uno de sus progenitores, en condiciones y períodos de tiempo parecidos así como en “el derecho a no ser desplazado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona”.²⁰³ Es el derecho del menor a convivir, a crecer y a disfrutar de ambos progenitores de forma regular, equitativa e igualitaria. Ello en aras de mantener el *status quo* anterior al desplazamiento irregular de un menor del Estado que fungió como su residencia habitual, “de su centro de vida”.²⁰⁴ Se trata de proteger el derecho del menor a convivir, siquiera de forma programada, con ambos progenitores. La “zona negativa” viene representada por las previsiones que realiza tanto el artículo 13 del Convenio de La Haya como el artículo 11 de la Convención Interamericana, las cuales establecen las excepciones a la restitución del menor al Estado que fungió como su residencia habitual.²⁰⁵ Igualmente esta zona estaría consolidada al no regresar al menor al Estado de su última residencia por el simple criterio del “nacionalismo judicial”,²⁰⁶ por “principios territorialistas que conducen a que el autor de la sustracción

²⁰⁰ En este sentido señala la doctrina argentina que “la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (no vigente), adopta la solución de La Haya, fijando el límite de los dieciséis años; por entender que la uniformidad asegura la efectividad de los instrumentos internacionales, sin que esto importe inmiscuirse en los asuntos de jurisdicción doméstica”. Blumkin, S.B.: “La sustracción internacional de menores”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, tomo 55, núm. 1, 1995, p. 32.

²⁰¹ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*,..., *op. cit.*, pp. 64-65.

²⁰² Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*,..., *op. cit.*, pp. 41-42.

²⁰³ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*,..., *op. cit.*, p. 87.

²⁰⁴ García Cano, S.: “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”,..., *loc. cit.*, p. 536

²⁰⁵ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*,..., *op. cit.*, p. 31.

²⁰⁶ Véase Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. y Castellanos Ruiz, E.: *Derecho de Familia Internacional*, 4. ed., Colex, España, 2008, p. 358. La misma terminología se utiliza por Calvo Caravaca, A-L y Carrascosa González, J.: “secuestro internacional de menores”, en Calvo

logre sus propósitos, en desmedro de los intereses del menor que queda desarraigado de su medio ambiental, con los consiguientes perjuicios de diversa índole –psíquica, moral o física-”.²⁰⁷ Por lo que se refiere a la “zona intermedia” entendemos que el interés superior del menor no siempre se concreta en el retorno del menor al Estado de su última residencia habitual. Lo anterior desde que los derechos que se protegen (convivencia/contacto/visita-guarda/custodia) “resulta ser una especie de derecho “de geometría variable”²⁰⁸ que deben ser concretados en cada caso. Igualmente se llega a afirmar que “la relación paterno-filial es de tal importancia en nuestra sociedad, está tan anclada en los sentimientos profundos de las personas, que es menos nocivo para un niño mantener una relación esporádica con su progenitor, aún siendo este indigno o incapaz de ocuparse de él, que no mantener ninguna”.²⁰⁹ Afirmaciones que a nuestro entender deberán medirse en cada caso concreto y atendiendo a las circunstancias particulares de cada relación paterno-filial. Es por ello que lo hemos colocado en esta “zona”.

Los parámetros para determinar en este supuesto de hecho el interés superior del menor pueden ser: el entorno socio-económico y cultural en el que se encuentra el menor, la aptitud del padre y/o de la madre para convivir con el menor, sus entornos y forma de vida, la estabilidad emocional del menor así como su la conformación de su nuevo entorno familiar y su integración al mismo.

3.1. NORMATIVA AUTÓNOMA

Por lo que hace a la norma de competencia judicial civil internacional podemos destacar un pequeño reducto de CPC que contemplan competencia en este concreto supuesto:

Caravaca, A-L., Carrascosa González, J. *et. al.*, *Derecho Internacional Privado*, 2. ed., vol. II, Comares, Granada, 2000, p. 161. Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho de Familia Internacional*,..., *op. cit.*, pp. 279-280. Este término lo seguimos en Rodríguez Jiménez, S.: *La protección de los menores en el Derecho Internacional Privado Mexicano*, IIJ-UNAM, México, 2006, p. 48

²⁰⁷ Dreyzin de Klor, A.: “La restitución internacional de menores”,..., *loc. cit.*, p. 25.

²⁰⁸ Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*,..., *op. cit.*, p. 78.

²⁰⁹ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*,..., *op. cit.*, pp. 29-30.

a) El CPC de Querétaro. Art. 154: “Es juez competente: XV. En los casos de restitución de menores, el de la residencia del menor hasta antes de su traslado o su retención ilícita; en casos de urgencia, el del lugar donde aquel se encontrare”,

b) CPC México. Artículo 2.362 “Juez competente. Será competente el juez en materia familiar en cuya jurisdicción territorial de esta entidad federativa se encuentre el último domicilio del menor sustraído del Estado Mexicano. El que ejerza jurisdicción en el lugar donde se localice el menor, cuando se solicita la restitución de éste por una autoridad central de otro país”,

c) CPC de Durango. Art. 159 Bis CPC: “en el caso de las sustracciones o retenciones ilícitas internacionales de menores, se estará, cuando sea aplicable, a lo dispuesto por los tratados internacionales que se hayan celebrado entre México y otros países. Será competente para ordenar la restitución inmediata de un menor de edad cuya residencia habitual se encontrare establecida en el extranjero, y que haya sido objeto de un traslado o retención ilícita en México, en los términos previstos para tal efecto por los tratados internacionales celebrados por México, el juez de lo familiar del lugar en que este se encuentre, sin que para ello resuelva sobre la cuestión de fondo del derecho de custodia”.

d) CPC de Michoacán. Art. 177 CPC: “De las cuestiones sobre estado o capacidad de la persona, sea cual fuere el interés pecuniario que de ellas dimanare, conocerán los jueces de primera instancia”. Las cuestiones relativas a la sustracción y restitución internacional de menores, se encuentran comprendidas dentro del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo: art. 435: “Cuando se sustraiga, traslade o retenga a un menor de manera ilícita, la persona o institución que ejerza individual o conjuntamente la custodia o guarda legal, podrá solicitar a las autoridades judiciales y administrativas, la restitución. Se entiende por sustracción, traslado o retención ilícita, cuando se afecten los derechos de custodia o de convivencia del menor, y se prive de los mismos sin el conocimiento y consentimiento de la persona o institución a cuyo cargo se encuentre, o bien que se realicen a través de la violencia física, moral o de forma dolosa”; art. 436: “Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores, las autoridades judiciales, el Sistema Integral para el Desarrollo Integral de la Familia michoacana y la Secretaría de Relaciones Exteriores de conformidad a su normativa; esta última en los casos de sustracción, traslado o retención de menores que se encuentren en el extranjero, o bien, cuando estos se encuentren en el Estado y hayan sido trasladados ilegalmente de su residencia habitual en otro país”; art. 438: “La autoridad judicial competente será la de la residencia habitual del menor que ha sido sustraído, trasladado o retenido ilegalmente, y en los casos de urgencia será el del lugar en donde aquel se encuentre”; art. 439: “Las autoridades judiciales y administrativas competentes en la restitución de menores, actuarán con eficacia y adoptarán las medidas necesarias para

conseguir la pronta restitución, lo que incluye la custodia provisional si fuere procedente. Se procurará en todo momento, la devolución voluntaria. Cuando exista oposición o resistencia, se hará a través de los medios de apremio que la ley previene”).

Por lo que se refiere al resto de los CPC que no contemplan de forma explícita este supuesto habrá que hacer una operación similar a la realizada en el rubro de la adopción, en concreto en las fracciones relativas al estado civil y de los negocios relativos a los menores. Por obvias razones se descarta encuadrar este rubro en la fracción de la jurisdicción voluntaria.

Por lo que hace a la norma de conflicto materialmente orientada encontramos la misma solución propuesta en el rubro de alimentos y de adopción al no encontrar un rubro específico para dar respuesta a este supuesto de hecho.

3.2. NORMATIVA CONVENCIONAL

Seguimos contando con dos instrumentos para el sector de sustracción: a) el convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y b) Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores.

A modo de introducción partimos del Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera relativo al Convenio de La Haya donde se afirma que “...se podría argumentar que el objetivo convencional relativo al retorno del menor debería estar siempre subordinado a la toma en consideración de su interés. A este respecto, se ha puesto de manifiesto con razón que “la norma jurídica que descansa sobre “el interés superior del menor” es, a primera vista, de tal imprecisión que parece más un paradigma social que una norma jurídica concreta. ¿Cómo dar consistencia a esta noción para decidir cuál es el interés último del menor sin caer en suposiciones, que sólo tienen su origen en el contexto moral de una cultura determinada?. (...). La parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este

silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. (...). Entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona”.²¹⁰

Por lo que se refiere al Convenio de La Haya, éste incorpora este principio únicamente en su Preámbulo, un dato que, si seguimos a Herranz Ballesteros no es casualidad desde que se persiguió “evitar que su repetición a lo largo del articulado posibilite la entrada en su interpretación de particularismos sociales y culturales”.²¹¹ La parte más importante es la incorporación explícita del sector de la cooperación internacional entre autoridades como eje central, prescindiendo de la regulación de los sectores clásicos del DIPr.²¹² La importancia de este sector es tan importante que se está denominando “cuarto pilar del DIPr”.²¹³ Tan es así que se afirma que “el auténtico camino es la cooperación, el marco convencional, y la instrumentalización de un mecanismo ágil y efectivo de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras”.²¹⁴

Ahora bien, este instrumento menciona el criterio competencial de la residencia habitual del menor de una manera implícita al ordenar el restablecimiento del *status quo* del menor ilícitamente sustraído; una afirmación que se reitera y aplica *mutatis mutandi* a la esfera legislativa a la hora de resolver sobre el fondo del asunto.²¹⁵

Por lo que se refiere a la Convención Interamericana, la norma de competencia judicial civil internacional, artículo 6, ofrece auténticos foros de protección al prever

²¹⁰ hcc.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf, párrafos 20, 21, 23 y 24.

²¹¹ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado,...*, *op. cit.*, p. 44

²¹² García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades,...*, *op. cit.*, p.49 y García Cano, S.: “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”,..., *loc. cit.*, pp. 521-522.

²¹³ Durán Ayago, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico,...*, *op. cit.*, p. 25.

²¹⁴ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores,...*, *op. cit.*, p. 36. García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades,...*, *loc. cit.*, p. 25. Etel Rapallini, L.: Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez”,..., *loc. cit.*, pp. 98-99.

²¹⁵ García Cano, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades,...*, *op. cit.*, p. 43.

como primer punto de conexión la residencia habitual del menor y, en caso de urgencia, a opción del actor, las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud y las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito (*forum loci delicti comisi*) que dio motivo a la reclamación.²¹⁶ Derivado de esta última previsión hay que determinar con precaución cómo fue hecho el traslado del menor a efectos de fijar este último requisito competencial.²¹⁷

Nuevamente afirmamos que el punto de conexión más adecuado y protector de este sector es la residencia habitual,²¹⁸ la cual se localiza en el país de su “centro social de vida”, allí donde normalmente habitan. Un criterio que “se compadece con el criterio predominante en el derecho comparado”.²¹⁹ Señalamos que las autoridades de la residencia habitual del menor son las que están “mejor situadas”²²⁰ para tomar una decisión sobre los derechos de guarda/visita del menor, al tiempo que evita que “que el autor del desplazamiento no aproveche su actuación para conseguir un cambio de competencia”.²²¹ Es por ello que este criterio logra unir la mejor solución tanto para el proceso restitutorio como para el proceso independiente que representa la determinación de los derechos tuitivos de guarda y visita. Ahora bien, como bien señala Herranz Ballesteros, si bien “la idea clave gira en torno a que el autor del desplazamiento no aproveche su

²¹⁶ En el mismo sentido encontramos el Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina, firmado el 31 de julio de 1981 (artículo 5), el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (artículo 7).

²¹⁷ García Moreno, V.C.: “Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores”,..., *loc. cit.*, p. 258.

²¹⁸ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*,..., *op. cit.*, p. 80.

²¹⁹ Dreyzin de Klor, A.: “La restitución internacional de menores”,..., *loc. cit.*, p. 35.

²²⁰ Calvo Caravaca, Carrascosa González, Castellanos Ruiz: *Derecho de familia internacional*, 4a ed., Colex, España, 2008, p. 363.

²²¹ Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*,..., *op. cit.*, pp. 101-102.

actuación para conseguir un cambio de competencia. Al mismo tiempo, tampoco puede eludirse que si el traslado perdura las autoridades de la nueva residencia del menor, en algún momento, habrán de adquirir la competencia para tomar medidas de protección”.²²²

Este criterio competencial irradia sus bondades también para los recién nacidos. Ahora bien, en el caso de las mujeres embarazadas que se trasladan de un país a otro para dar a luz, se afirma que no existe residencia habitual del menor en el primer país y por ende no hay un “traslado ilícito” del menor.²²³ Una afirmación que dejamos para la reflexión del lector.

Una vez más contemplamos el desplazamiento del criterio que representa la nacionalidad al considerarse que no responde al interés del menor en el “ejercicio de su derecho de relación transfronterizo”.²²⁴

Esta Convención, como la de La Haya, prevé la figura de la Autoridad Central y no ignora la importancia de la cooperación procesal civil internacional.²²⁵ Entendemos que el interés del menor exige maquinar y diseñar mecanismos de cooperación rápidos y flexibles,²²⁶ la previsión de una Autoridad Central eficiente, dotada de recursos personales y materiales que ayude a la consecución de los objetivos convencionales.

V. CONCLUSIONES

1. La reciente “constitucionalización” de este principio es la muestra clara de la evolución que ha sufrido el reconocimiento de los derechos del niño. Una evolución que ha oscilado de la oscuridad a la luz, de la marginalidad a la

²²² Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado,...*, op. cit., pp. 101-102.

²²³ Calvo Caravaca, Carrascosa González, Castellanos Ruiz.: *Derecho de familia*, Colex, España, 2008, p. 364.

²²⁴ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores,...*, op. cit., pp. 71-72.

²²⁵ véase <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>. Consultada el 23 de septiembre de 2011. Libro Jiménez García, J.F.: *Derechos de los niños...*, op. cit., p. 26.

²²⁶ Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores,...*, op. cit., p. 87.

visualización máxima. Como bien dice el Proyecto de 27 de abril “el análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños, en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos”. El impacto de este paso constitucional no es marginal y en este sentido, como reconoce el Proyecto de 7 de octubre “la reforma constitucional producirá como efecto, la liberación de dicho principio para que sea oponible a cualquier autoridad y en cualquier materia, ya sea administrativa o jurisdiccional, mediante la verdadera garantía que es el juicio de amparo”. Por ello, no debemos dejar pasar la oportunidad de reconocer que estamos ante un momento histórico, ante un punto de inflexión que marcará un antes y un después en la concepción, interpretación, alcance, implicaciones y obligatoriedad de este principio fundamental.

2. El interés superior del menor es un concepto que, por su volatilidad e indefinición “dolosa” debe ser concretado: a) por razón del elemento subjetivo de la relación jurídica; b) por razón del elemento objetivo de la relación jurídica, c) por razón del territorio y del tiempo y, d) por razón de la rama jurídica que lo estudie.

3. Esta ausencia de definición hace que busquemos sus parámetros mínimos a través de una sencilla estructura: a) la zona positiva de concreción, b) la zona negativa de concreción y c) la zona intermedia, contextualizado desde el DIPr en tres supuestos de hecho puntuales: alimentos, adopción y sustracción internacional de menores.

3. El Derecho Internacional Privado apoya la búsqueda y concreción de este principio en esas categorías a través de sus propias técnicas de reglamentación:

a) la norma de competencia judicial civil internacional: con los denominados foros de protección; b) la norma de derecho aplicable: con la técnica de la norma de conflicto materialmente orientada y c) a través de la cooperación entre

autoridades: previendo Autoridades Centrales así como procesos de reconocimiento y ejecución ágiles, rápidos, con escasos formulismos y formalidades.

Ahora bien, todo esfuerzo es inútil si no contamos, por un lado, con operadores jurídicos preparados, capacitados, que sepan entender el alcance, implicaciones y consecuencias del principio del interés superior del menor y, por otro lado, con una sociedad que reclame el efectivo cumplimiento de este principio toral de nuestros niños, niñas y adolescentes, en definitiva, de nuestros menores.