

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

I. SECTOR DOCTRINAL

Estimamos conveniente comenzar con el análisis de los términos que se utilizarán a lo largo del presente trabajo, ya que consideramos necesario que los términos se encuentren bien definidos, para que así podamos comprender claramente las diferencias entre ellos.

1. Principio del interés superior del menor

Comenzamos por intentar definir doctrinalmente el “interés superior del menor” ya que consideramos es un término central en este tema y al que todos hacemos referencia sin tener un concepto jurídico determinado. Los instrumentos convencionales que utilizaremos en el presente trabajo son avances internacionales en cuanto a la protección del menor. Protección que ha sido lograda a través de unir objetivos, principios fundamentales, derechos y una adecuada técnica jurídica. Sin embargo, el compendio de instrumentos internacionales que protegen el “interés superior del menor” no ha sido del todo satisfactorio ya que como el principio del interés superior de menor no ha sido definido, aún estamos sujetos a la voluntad política de los Estados para lograr que a nivel interno e internacional coincidan las condiciones necesarias para la protección del menor.⁴ En este sentido, podemos destacar que la

⁴ Afirma Silva que: “Ninguna de las disposiciones internas hace el esfuerzo por aclarar el significado o contenido de este interés... Tan no parece que se

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 refleja una perspectiva en la cual se considera al niño un sujeto especial de derecho, digno de protección en todos los ámbitos de la vida y protagonista de la familia y la sociedad.

Este concepto es recogido, explícita o implícitamente, por los convenios que protegen al menor. De ahí que deduzcamos que existen contenidos mínimos dentro de los cuales se puede mover este concepto.⁵ Intentar definir con detalle una lista de situaciones en las que se deba proteger el interés superior del menor obstaculizaría la existencia de una interpretación flexible, que permita un mayor margen de acción. Por ello, este concepto debe ser un marco de referencia que pueda ser moldeado conforme a la situación específica y con las condiciones particulares del menor.

En términos generales consideramos que el interés superior del menor es garantizar a éste un desarrollo integral de su personalidad, tanto física como emocional, así como priorizar sus derechos sobre cualquier otro. De esta manera, la obligación del Estado mexicano de proteger el interés superior del menor está establecida en el artículo 4o. constitucional.⁶ Del panorama anterior se desprende el hecho de que los menores son titulares de

entienda lo que eso significa el mejor interés del menor, que la Constitución de Baja California se refiere a este punto, siendo la única en el país que lo hace". Silva, J. A., "Panorama del derecho internacional privado mexicano de familia: su fuente interna", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, México, núm. 12, 2002, p. 47.

⁵ Como señala Vargas Gómez Urrutia: "Es precisamente la aplicación en concreto al caso, lo que permite dilucidar su contenido". Vargas Gómez-Urrutia, M., "El interés del menor como principios 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.

⁶ Artículo 4o. *in fine*: "... Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez".

los derechos fundamentales que la Constitución atribuye a todas las personas. Por un lado, la Constitución establece una autoprotección al ser el menor titular de derechos y por otro, una heteroprotección determinada por las obligaciones de los mencionados sujetos en relación con los menores.⁷

2. *Restitución/sustracción internacional como delito*

Varios conceptos se han utilizado para dar a conocer esta figura. Encontramos que en la Convención de La Haya se utiliza el término “sustracción”; mientras que, en la Convención Interamericana se utiliza el de “restitución”. En la doctrina, Pereznieto y Silva señalan que: “la sustracción de menores consiste en el caso de un menor que se encontraba en un Estado y fue trasladado ilícitamente a otro país. Pensemos aquí en el secuestro”.⁸ De esta manera, la sustracción internacional implica que dos o más Estados sean parte del acto jurídico ilícito. Así, un menor cuya residencia habitual se encontraba en un Estado “X”, es trasladado ilícitamente a otro Estado “Y”.

De conformidad con el artículo 3o. de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la ilicitud del traslado se origina:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

⁷ Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 41 y 59.

⁸ Cfr. Pereznieto Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Oxford, 2000, p. 188.

De la misma manera, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional del Menor en su artículo 4o. afirma que:

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

Si bien la sustracción de un menor consiste en trasladar lícita o ilícitamente de un Estado a otro a un menor; la retención hace referencia al menor que una vez trasladado de manera legal a otro país, es retenido ilegalmente. Para nosotros, ambos conceptos son realizados por uno de los progenitores, en violación de los derechos de guarda, custodia y/o visita. Frente a estos actos de sustracción y/o retención sigue como consecuencia lógica la restitución del menor. Derivado de lo anterior, deducimos que ambos Convenios tienen como finalidad la restitución del menor al Estado de su última residencia. Así, por ejemplo, la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores pretende “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante” (artículo 1o.). Por su parte, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores procura “asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte, o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente” (artículo 1o.).

Aunque la doctrina suele utilizar como términos “secuestro internacional”, “retención”, “sustracción” y “restitución”, nosotros no haremos distinción entre ellos, ya que creemos que pueden ser utilizados de manera indistinta en el presente trabajo. No obstante, no cabe ignorar que el “secuestro internacional” conlleva una connotación penal, la “retención” es la acción derivada de la

sustracción, la “sustracción” es la acción en sí misma y la “restitución” es la consecuencia lógico-jurídica esperada. Por otro lado, entre la restitución/sustracción, el tráfico internacional de menores y la trata de personas, encontramos importantes diferencias que creemos deben ser aclaradas.

3. *Tráfico internacional como delito*

A partir de que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los países la obligación de concretar acuerdos internacionales para proteger a los menores, utiliza junto con los conceptos de “sustracción”, “retención ilegal” y “restitución”, las expresiones “secuestro”, “venta”, “tráfico” y “trata de niños”. De esta manera se hizo evidente la necesidad de crear un instrumento internacional que a diferencia de los otros, que sólo estaban concentrados en los aspectos civiles de la restitución-sustracción internacional, regulara no sólo aspectos civiles sino también penales, a fin de que cada Estado previniera y sancionara el tráfico internacional de menores. Así, al lado de estos dos tratados (el Interamericano sobre Restitución y el de La Haya sobre Sustracción), surge la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores para regular un aspecto nuevo con un ámbito de acción distinto: el tráfico internacional de menores. Esta figura que de conformidad con la presente convención se refiere, “a la sustracción, el traslado o la retención o la tentativa de sustracción, traslado o retención de un menor con propósitos o medios ilícitos” (artículo 2o.).⁹ De tal forma que la diferencia existente entre el tráfico y la sustracción es la presencia o ausencia de propósitos o medios ilícitos en el desplazamiento del menor, sin importar

⁹ Uriondo Martinoli señala: “En el sentido moderno se entiende por tráfico un comercio más o menos clandestino, vergonzoso o ilícito. Este concepto que estuvo siempre asociado a la circulación y transmisión de mercancías, aparece ahora ligado al de niños”, Uriondo de Martinoli, A., “Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores-CIDIP V”, México, 1994, p. 176.

quien realice el acto (padres, tutores, instituciones, organizaciones, etcétera).¹⁰

En este orden de ideas, entendemos que el tráfico internacional de menores debe realizarse con propósitos y medios ilícitos. Así, la presente convención establece que: los “propósitos ilícitos” incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado (artículo 2o. c). En tanto que el mismo artículo dice “entre otros” entendemos que no estamos ante una lista que limita las actividades que pueden ser consideradas como “propósitos ilícitos”.¹¹ De tal manera que existen otra serie de actividades como, por ejemplo, la publicación de imágenes obscenas de menores por cualquier medio, el exhibicionismo corporal, la prostitución, la pornografía, la mendicidad, el turismo sexual, la venta y trasplante de órganos y tejidos que vendrían a englobarse en esta figura.

En cuanto a “medios ilícitos”, la convención establece que: los “medios ilícitos” incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se encuentre (artículo 2o. d).

Por su parte, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define como “trata de personas” en su artículo 3o.:

¹⁰ Vázquez Pando, F. A., *Nuevo derecho internacional privado*, 2a. ed., México, Themis, 2000, pp. 138-141.

¹¹ Esta misma afirmación la encontramos en Lucas Sosa, G., “La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, México, 1994)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1994, p. 443.

a) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.

Como podemos observar, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, da un trato equivalente a la trata de personas y al tráfico internacional. Sin embargo, como veremos más adelante, consideramos erróneo dar un trato indistinto a los dos conceptos, ya que si bien los dos abarcan situaciones similares, su realización es distinta.

II. ASPECTOS CONCEPTUALES

1. *Menor*

El primer término que nos detendremos a delimitar es el concepto de “menor”. ¿A quién nos referimos cuando hablamos de menor? Por una parte, tenemos que la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores consideran menor a toda persona que no haya cumplido los dieciséis años de edad; mientras que, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Espe-

cialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores especifican, claramente, que “menor” significa todo ser humano cuya edad sea inferior a los dieciocho años de edad. Este punto es importante, ya que como podemos observar el ámbito de aplicación personal de cada uno de los convenios varía. De manera que, no existe una unidad al delimitar “menor” en los instrumentos convencionales.¹²

Dicho lo anterior, tenemos que en la legislación mexicana la determinación de quiénes son menores y quiénes son los sujetos protegidos por los derechos de los menores no es muy clara constitucionalmente. Por un lado, tenemos que aunque en la Constitución se hace mención a la edad, ésta no está establecida en alguno de sus artículos. Se podría tomar el artículo 34 como criterio para determinar la mayoría de edad; sin embargo, lo que nos dice este artículo es que para ser ciudadano se tiene que tener más de 18 años, pero ¿también para ser mayor de edad? Aunque la Constitución no es clara al definir en qué momento comienza la mayoría de edad, tenemos que el artículo 646 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal establecen que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Por otro lado, consideramos necesario acudir a los instrumentos internacionales de derechos humanos; concretamente a la Convención de los Derechos del Niño, cuyo artículo 1o. establece: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la

¹² Respecto a la falta de unanimidad convencional para definir menor, Berraz afirma que: “La carencia de un criterio uniforme respecto del tema, plantea una situación contradictoria... Entendemos que el proceso de codificación encargado por las CIDIP deberían guardar uniformidad en cuanto a las calificaciones adoptadas. Ello, a pesar de entender que se trata de cuestiones distintas y de que, a nuestro criterio, la edad de dieciocho años resultaría la más apropiada”. Berraz, C., *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, UNL, 2000, p. 56.

mayoría de edad”, y a la ley reglamentaria del artículo 4o. constitucional en materia de menores, se trata de la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.¹³ Esta Ley hace una distinción entre niños y adolescentes; los primeros son todas las personas que tengan hasta 12 años, mientras que los segundos son todas las personas que tengan entre 12 y 18 años. Dicho lo anterior podemos concluir que en la legislación mexicana es menor de edad todo aquel que no haya cumplido los 18 años de edad.

Queremos reflexionar, aunque sea brevemente, sobre la posición de los menores emancipados ante los convenios internacionales que regulan la restitución y el tráfico internacional de menores. Lo anterior con la finalidad de comprender si éstos se encuentran incluidos dentro del ámbito de protección de los instrumentos internacionales. Si bien, los instrumentos convencionales no dicen nada al respecto, creemos importante analizar, brevemente, en qué casos sí podrían estar incluidos o excluidos.

Comenzamos haciendo una diferencia entre lo que corresponde a la materia civil y a la penal. Tenemos que la restitución internacional tiene una carga exclusivamente civil aunque puede tener una acción derivada que es el desacato; mientras que el tráfico internacional de menores tiene una carga más que nada penal con implicaciones civiles. Consideramos que estas diferencias entre las figuras (restitución y tráfico internacional de menores) son relevantes para determinar si los menores emancipados se encuentran o no protegidos por dichos instrumentos.

Podemos señalar que a los menores emancipados se les reconoce una mayor madurez en la toma de decisiones, misma que los diferencia de los menores no emancipados. En la medida en que al menor emancipado se le reconoce esta madurez, se justifica excluirlo de cierto tipo de protecciones. Ahora bien, un menor no emancipado depende forzosamente de sus progenitores

¹³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000.

o tutores. De tal manera, que ambos o cada uno de ellos tiene la custodia; mientras que, el otro tiene derecho a las visitas. Así, los derechos de guarda, custodia y visita, son derechos de los menores a tener contacto directo con ambos progenitores, con la finalidad de garantizarle un entorno adecuado que desemboque en una mayor protección de su interés superior. En este orden de ideas se entiende, que un menor emancipado ya no es sujeto de estos derechos, al poseer una mayor independencia de sus progenitores al haber contraído matrimonio. A este respecto, si un menor emancipado es sustraído de su residencia habitual a otro Estado o retenido por uno de sus progenitores, no se estarían violando los derechos de guarda, custodia y visita, en todo caso estaríamos ante una privación ilegal de la libertad, ya que los padres del menor emancipado, en este caso, no tienen ya ni la guarda ni custodia del menor emancipado, al haber éste contraído matrimonio. De ahí que concluyamos que un menor emancipado no sería un sujeto al cual se le podrían aplicar los convenios internacionales (la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores) que tienen como objetivo la restitución inmediata del menor por sustracción o retención por parte de uno de sus progenitores, sin que exista un ánimo de lucro. Es importante destacar que estas convenciones se concentran, específicamente, en los aspectos civiles de la restitución y la sustracción.

En esta misma línea de ideas entendemos que existe otro tipo de restitución diferente a la mencionada anteriormente. La restitución ocasionada con motivo del tráfico internacional de menores. En este sentido nos encontramos ante un traslado, una sustracción y la retención de un menor o la tentativa de trasladarlo, sustraerlo o retenerlo con propósitos o medios ilícitos. Ya no nos encontramos frente a una situación realizada por los mismos progenitores sin ningún ánimo de lucro y sin puesta en peligro. Más bien, estamos ante la figura de tráfico internacional que si bien puede realizarse por los mismos progenitores, generalmente se

lleva a cabo por personas que son parte del crimen organizado y por ende se ejecuta con propósitos y medios ilícitos.

Ahora bien, en este tipo de restitución no está en juego la madurez e independencia del menor emancipado, sino sus derechos fundamentales, el desarrollo integral de su personalidad, así como su interés superior. Al igual que un menor no emancipado, un menor emancipado puede ser víctima de algún tipo de explotación por parte del traficante. Por este motivo, creemos que un menor emancipado sí se encuentra protegido por la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, y en su caso por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

2. Tráfico internacional de menores

En los últimos años se han realizado acciones concretas por parte de los gobiernos y organismos internacionales en relación con el fenómeno del tráfico internacional de menores. En particular, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores aborda el tema desde una perspectiva de combate, prevención y asistencia. En este apartado, tenemos como meta definir qué consideramos tráfico internacional de menores a diferencia de la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. Como podemos observar ha habido mucha confusión acerca de la diferencia entre el tráfico internacional de menores, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. En sí, las definiciones son muy distintas.

En primer lugar, tenemos que la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales y el interés superior del menor al prevenir civilmente y sancionar penalmente el tráfico de menores. De esta manera, estamos frente a un instrumento destinado, simplemente, a proteger por medio de su ámbito de aplica-

ción personal a los menores de 18 años, excluyendo así, a todas las personas mayores de 18 años.

El tráfico internacional de menores lo podemos entender según la convención como el acto de sustraer, trasladar y retener o la tentativa de sustraer, trasladar y retener a cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado parte al tiempo de la comisión del delito a otro Estado parte o a un Estado no parte con propósitos o medios ilícitos.¹⁴ Así, se hace evidente que para que exista la figura de tráfico internacional de menores es necesario: primero, que sea una persona menor de 18 años; segundo, que haya un cruce de fronteras, ya sea de un Estado parte a otro Estado parte o de un Estado parte a otro Estado no parte; tercero, que desde el inicio del tráfico internacional de menores existan propósitos y medios ilícitos, es decir, estamos ante una violación directa al individuo en contra de su voluntad.

Similar a lo sucedido en la trata de personas, la persona que pertenece a la delincuencia organizada dedicada al tráfico internacional de menores está presente durante toda la realización de esta actividad. Tal vez se dé el caso de que la persona que sustrajo al menor no sea la misma que retenga y explote al menor; sin embargo, es la misma organización criminal la que comete en su totalidad la ilicitud que encierra la figura del tráfico. De tal manera que no podemos hablar de que hay una terminación en la relación entre el traficante y la víctima, ya que el traficante, que sería en todo caso la organización criminal estará presente durante la comisión del delito. Es por ello que, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y la Convención de las Naciones Uni-

¹⁴ Según la convención: “propósitos ilícitos” incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado y “medios ilícitos” incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se encuentre.

das contra la Delincuencia Organizada Transnacional claramente especifican que un grupo delictivo organizado será aquél de tres o más personas que acuerden organizarse o estuvieren organizados durante cierto tiempo, con el propósito de cometer reiteradamente o de manera permanente alguno de los delitos tipificados por ambos instrumentos para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de orden material.

3. *Trata de personas*

Al igual que el tráfico internacional de menores, la trata de personas ha sido tomada en cuenta por diversos organismos internacionales, específicamente, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Dichos instrumentos abordan este tema con la finalidad de prevenir, sancionar e indemnizar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Comenzamos por delimitar que el objetivo del presente protocolo es prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. De tal manera que este instrumento protege a todas las personas mayores de 18 años, a las mujeres y a los menores de 18 años. Así, nos encontramos ante un instrumento que si bien protege a todas las personas hace especial énfasis en proteger a las mujeres y a los niños. No obstante, este instrumento, a diferencia de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, no se centra únicamente en proteger a los menores.

Por su parte, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños establece que la trata de personas es:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de po-

der o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (artículo 3o.).

Como podemos observar la trata de personas existe tanto a nivel interno como a través de las fronteras; consiste en la movilización de personas (menores, mujeres y hombres) con fines de explotación, y puede ocurrir con consentimiento o sin él, aunque el mismo instrumento establezca que el consentimiento dado por la víctima no se tomará en cuenta cuando se haya recurrido a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

Sin embargo, entendemos que la trata de personas no forzosamente implica un cruce de fronteras, ya que la trata se puede llevar acabo dentro de un mismo Estado, sin que por ello el cruce de fronteras sea un elemento necesario para cometer el delito de trata. Si bien el traslado de personas de un Estado a otro puede terminar en la trata de éstas, la trata hace referencia específicamente a la explotación a la cual está sujeta una persona víctima de este delito. Por lo tanto, a diferencia del tráfico internacional de menores, en la trata no es indispensable que haya un cruce de fronteras ni que la víctima sea menor de edad. Lo que si es necesario es que exista una situación de explotación.

En cuanto a los sujetos que realizan la trata de personas tenemos que son aquéllos que trasladan, acogen, transportan, captan y reciben personas sobre las cuales ejercen un control y que además mantienen en situación de explotación. De lo anterior se desprende que la relación entre el tratante y la víctima no termina ya que debe mantenerse una situación de explotación, inde-

pendientemente de que el sujeto que traslade sea o no la misma persona que explota, pues se entiende que el tratante es miembro de la delincuencia organizada. De tal manera que en la trata de personas la relación entre el tratante y la víctima no termina, a diferencia del tráfico ilícito de migrantes en donde la relación entre el traficante y el migrante termina en el momento que se da por consumado el acto.

4. *Tráfico ilícito de migrantes*

En cuanto al tráfico ilícito de migrantes tenemos que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su Protocolo sobre Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire combate el tráfico ilícito de migrantes por medio de incluir provisiones sobre prevención e indemnización. Su finalidad “es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de lo migrantes objeto de dicho tráfico” (artículo 2o.).

En primer lugar, tenemos que el tráfico ilícito de migrantes es una violación, específicamente en contra de la soberanía de un Estado. Podemos definir el tráfico ilícito de migrantes según el protocolo como: facilitar la entrada, permanencia, residencia o trabajo ilegal de una persona (adulta o menor) a un Estado parte del cual dicha persona no es nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. En sí, el tráfico ilícito de migrantes consiste en facilitar la entrada ilegal, por medio del cruce de fronteras a personas que no han cumplido con los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor, ya sea porque no tienen los documentos necesarios o si los tienen, éstos han sido alterados, obtenidos indebidamente mediante declaración falsa, corrupción, coacción o bien no hayan sido expedidos por la persona o entidad legalmente autorizada para expedir el documento. En este caso, específicamente a dife-

rencia del tráfico internacional de menores, el cruzar a estas personas no siempre va en contra de su voluntad, pues el migrante puede pagarle al traficante consintiendo así que éste realice el cruce de fronteras. Sin embargo, el paso de fronteras que fue consentido por el migrante puede cambiar de situación cuando al llegar al destino o durante el viaje, éste es forzado a entrar a una situación de trata.

Otra diferencia que encontramos es en relación con la persona que realiza el tráfico ilícito de migrantes. Tenemos que esta persona facilita el paso indocumentado de fronteras y que su lucro proviene de cruzar migrantes. Por tal motivo, la relación entre el traficante de migrantes y el migrante termina en el momento que este último pasa la frontera, a diferencia de lo que sucedería en el tráfico internacional de menores y la trata de personas.

5. Restitución internacional de menores

La situación actual en el mundo ha permitido que el traslado de personas, incluyendo a los menores, de un Estado a otro se dé con mayor facilidad. Al pertenecer a un sector altamente vulnerable, los menores se han visto frecuentemente amenazados por el tráfico internacional y la trata de personas. Por tal motivo se han creado una serie de instrumentos internacionales destinados a prevenir y sancionar estas actividades.

En este apartado queremos hacer evidentes las diferencias que existen entre la restitución, resultado de una sustracción realizada por uno de los progenitores, y la restitución que se da por tráfico o trata de menores.

Como ya se dijo anteriormente la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores tiene como objetivo regular una problemática de naturaleza meramente civil, consistente en asegurar los derechos de guarda y custodia, así como el derecho de visita por parte de sus titulares. De tal manera que se excluye cualquier connotación de carácter penal, limitándose a regular el hecho de que alguno de los padres traslade al menor a un

Estado parte diferente sin autorización del otro progenitor que tiene igual derecho, con la intención de privarlo de su derecho de guarda, custodia y/o visita. Igualmente, la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores¹⁵ ha abordado este problema desde la misma perspectiva.

Por otro lado, el análisis de este problema desde la perspectiva civil y penal fue estudiado posteriormente en el seno de la CIDIP V,¹⁶ gracias a tal esfuerzo contamos con la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. La misma Convención señala, en su artículo primero, que su objeto es prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores y regular los aspectos civiles y penales del fenómeno. En tal sentido, los Estados parte de esta Convención se obligan a “asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor”.

Como podemos observar, la restitución, en cualquiera de los casos mencionados es la consecuencia lógica de sustraer, retener, traficar o trasladar a un menor. Lo que se busca es restituir al menor lo más pronto posible a su Estado de residencia habitual haciéndole el menor daño posible. Por una parte tenemos una sustracción hecha por los progenitores sin medios y propósitos ilícitos, y por otro lado tenemos un traslado, una retención o cualquier situación similar, realizada ya sea por los padres, otra persona o grupo delictivo organizado, con propósitos o medios ilícitos. En este caso no se violan derechos de guarda, custodia y visita, sino los derechos fundamentales del menor poniendo a la deriva su interés superior.

Finalmente, queremos aclarar que con esta distinción no intentamos sugerir que una restitución de menores se hace más im-

¹⁵ México es parte de este acuerdo internacional mediante publicación de su Decreto de Aprobación en el Diario Oficial del 6 de marzo de 1992, y el depósito del instrumento internacional de adhesión ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del reino de los Países Bajos el 20 de junio de 1991.

¹⁶ Celebrada en la ciudad de México en marzo de 1994.

portante que otra dependiendo del hecho que la causa. Ambas son importantes desde el punto de vista social y como prueba tenemos que están tipificadas como delitos en el Código Penal Federal en los artículos 366 ter y 366 quáter. Sin embargo, no podemos negar que la gran diferencia entre ellas es el posible daño psicológico y físico causado al menor.

Artículo 366 ter. Comete el delito de tráfico de menores, quien traslade a un menor de dieciséis años de edad o lo entregue a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor.

Cometen el delito a que se refiere el párrafo anterior:

I. Quienes ejerzan la patria potestad o custodia sobre el menor, aunque no haya sido declarada, cuando realicen materialmente el traslado o la entrega o por haber otorgado su consentimiento para ello;

II. Los ascendientes sin límite de grado, los parientes colaterales y por afinidad hasta el cuarto grado, así como cualquier tercero que no tenga parentesco con el menor.

Se entenderá que las personas a que se refiere el párrafo anterior actúan de manera ilícita cuando tengan conocimiento de que:

a) Quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor no han otorgado su consentimiento expreso para el traslado o la entrega, o

b) Quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor obtendrán un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega.

III. La persona o personas que reciban al menor.

A quienes cometan el delito a que se refiere el presente artículo se les impondrá una pena de tres a diez años de prisión y de cuatrocientos a mil días multa.

Además de las sanciones señaladas en el párrafo anterior, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia a quienes, en su caso, teniendo el ejercicio de éstos cometan el delito a que se refiere el presente artículo.

Se aplicarán hasta las dos terceras partes de las penas a las que se refiere este artículo, cuando el traslado o entrega del menor se realicen en territorio nacional.

Artículo 366 quáter. Las penas a que se refiere el artículo anterior se reducirán en una mitad cuando:

I. El traslado o entrega del menor se realice sin el propósito de obtener un beneficio económico indebido, o

II. La persona que reciba al menor tenga el propósito de incorporarlo a su núcleo familiar

Se impondrán las penas a que se refiere este artículo al padre o madre de un menor de dieciséis años que de manera ilícita o sin el consentimiento de quien o quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor, sin el propósito de obtener un lucro indebido, lo trasladen fuera del territorio nacional con el fin de cambiar su residencia habitual o impedir a la madre o padre, según sea el caso, convivir con el menor o visitarlo. Además, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia a quienes, en su caso, teniendo el ejercicio de éstos cometan el delito a que se refiere el presente artículo. En los casos a los que se refiere este artículo, el delito se perseguirá a petición de la parte ofendida.