

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México, Porrúa, UNAM, 2009.

Para el autor del presente comentario es un honor reseñar y, por ende, publicitar una obra de gran relevancia. Habíamos tenido oportunidad de consultar a la autora a través de la obra titulada *El derecho de familia en un mundo globalizado*, coordinado por Nuria González Martín y Andrés Rodríguez Benot (México, Porrúa, 2007) con antelación a la celebración del XX Congreso del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescente, organismo especializado de la OEA, la que tuviera lugar en Lima, Perú, del 23 al 25 de septiembre de 2009.

Escribir un libro sobre el derecho de familia en el ámbito internacional, comporta por sí mismo una opción plausible de la autora, en tiempos en los que —por un espacio un tanto dilatado— la doctrina internacionalista iusprivatista se ocupa de un modo insistente sobre los temas del comercio internacional, y de modo aún más amplio, de la economía internacional, como escenarios en los que aumenta la participación de los agentes privados al amparo de “tiempos de globalización” por los que atraviesa hoy la sociedad internacional. Naturalmente, y la autora lo subraya, las relaciones de familia no son indiferentes ni ajenas a tales cambios y por ello tanto los Estados como las organizaciones internacionales, públicas y privadas, han asumido tempranamente y con especial énfasis en las últimas décadas, la regulación jurídica de esta indeclinable internacionalización.

A lo anterior debo agregar, dentro de esta apreciación general, que respetuoso del carácter específico del contenido y aplicación del derecho mexicano, anotaré fundamentalmente aquella parte del libro que la autora expone sobre los instrumentos internacionales, en particular, los de alcance regional que mantienen sintonía con los de carácter universal. De suyo, se trata de la mirada de un especialista en derecho internacional privado (DIPr), que no obstante ello no puede marginarse de advertir lo que González Martín llama las “nuevas estructuras familiares” como

determinantes de los necesarios cambios legislativos. Y esto es común tanto para la fuente nacional como la internacional, con lo cual el derecho mexicano aparece necesariamente en algunos puntos de este comentario.

Por otra parte, el manejo de ciertos conceptos básicos de la teoría general del derecho internacional privado, como el enunciado de las categorías, la calificación (p. 22), cuyo juego, “se hace patente” (*idem*) para precisar en cuál de las categorías jurídicas previstas por el sistema del DIPr se sitúa la relación, vuélvese indispensable.

De lo anterior y de otros señalamientos posteriores, surge con claridad que el libro no se desentiende de los temas de la teoría general del DIPr, ineludibles a la hora de identificar la propia figura de la familia internacional y su protección. Esto es para nosotros un acierto, pues es indudable contar con toda la batería de figuras jurídicas definidas por la profunda y extensa doctrina del DIPr, definidas algunas de ellas en ese nivel o en el del derecho positivo, y otras no tanto, como, “el interés superior del menor”, un concepto abierto —jurídicamente indeterminado, en palabras de la autora—, que cada caso concreto debe atender, sin olvido de la norma, o, para proveer otro ejemplo —aunque diferente—, propuesto por la autora al examinar la adopción internacional y distinguirla de la adopción por extranjeros (p. 23), que merece de ella la afirmación de tratarse de categorías imprescindibles a la hora de interpretar y aplicar la ley reguladora, calificación e interpretación.

En dicho sentido, la obra registra a mi juicio un aporte importante, particularmente en las llamadas “Reflexiones finales en torno a la familia internacional” (pp. 52 y 53) —que también aparecen en los capítulos específicos—, al syndicar al “maltrato” como un cuadro especial de situaciones “de las más sencillas hasta las más sofisticadas” (p. 53). En todas ellas aparece como una causa u origen, más allá de la crisis económica, financiera, estado de pobreza, etcétera, es decir “el mercado”, aunque éste constituya en muchos casos la escala cotidiana y personal, el origen concreto, aunque no exclusivo de necesidades insatisfechas de la persona humana y su familia y, por ende, un hontanar muy amplio de los problemas que el libro examina con cuidado.

Del modo preindicado, podemos decir que la autora fija un pórtico que anuncia su postura axiológica, la que sin duda gobierna toda la obra y su orientación.

La ejemplificación de “la variedad de este maltrato” es por demás elocuente: tráfico internacional de menores con explotación sexual, laboral, y aún, *in extremis*, extracción de órganos incluida; los alimentos como “moneda de cambio para presionar al acreedor”; la sustracción o retención ilícita, muchas veces dirigida contra un progenitor por parte del otro, sin tener como objetivo esencial al propio menor. Y finalmente, como un habitat dominante, el marco de pobreza en el cual están inmersos los menores —aunque no en todos los casos—, lo cual induce a la autora a relevar como una “clave” del asunto el “cambio de paradigma” para pasar de la “protección regular” a la protección integral, tal cual lo postula buena parte de la doctrina contemporánea (p. 53). Es obvio que en este punto hay un tránsito de lo jurídico a lo político social inevitable, al que el libro no podía permanecer ajeno.

Por otro lado, esta visión de la autora nos conduce a un enfoque de protección institucional de los derechos humanos, al que la doctrina actual apela y a la que el derecho de familia no puede estar ajeno. En este sentido, la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-17/2002) por la cual se responde a la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de otros actores, entre ellos el Instituto Interamericano del Niño, desarrolla criterios de interpretación de la Convención de Derechos del Niño, como el “interés superior del niño” (p. 113). Dicho criterio está consagrado en el artículo 3o. de dicho instrumento, lo que “implica que el desarrollo de éste y en ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño” (p. 113, publicación del IIN, 2003).

La personalidad jurídica internacional del ser humano, en este caso del menor, aparece a comienzos del siglo XXI, como lo señala Antonio Cançado Trindade, en su voto concurrente (p. 120), como “un retorno a los orígenes en el sentido que fue originalmente concebido como un verdadero *ius gentium*, el derecho de gentes”. Por lo tanto, como también lo recuerda el precitado juez de la Corte, “el Estado existe para los seres humanos que lo componen y no viceversa”. A esto se suma que todo derecho es finalista, vale decir, persigue objetivos, y esta concepción de protección de los individuos es de aplicación en materia de menores. La sentencia de la Corte Interamericana del 19 de noviembre de 1999 en el caso de los “Niños de la Calle” señala que cuando los Estados violan los

derechos de los niños en situación de riesgo, como los niños de la calle, los hacen víctimas de una doble agresión: no evitan que sean lanzados a la miseria, y en definitiva atentan contra su integridad física, síquica y moral y hasta con su propia vida (p. 129).

Conforme a lo precedente, el derecho internacional de familia debe atender el advenimiento del niño como sujeto de derechos en el plano internacional (*cfr.* OC citada, p. 133).

La descomposición de la familia que se manifiesta de modo dramático en el prealudido maltrato, ambientado en ocasiones por la pobreza extrema, aunque, reiteramos no exclusivo de ésta, tiene sus raíces más profundas en el abandono de tradiciones fuertemente contentivas y protectoras, de arraigo cuasi universal, en torno a la institución de la familia, aunque con variantes según las diferentes culturas. El libro aporta, sin duda, interrogantes y afirmaciones que anticipan la necesidad de un proyecto nuevo en materia de derecho de familia, en particular en el ámbito internacional, tema que requeriría más tiempo y espacio de consideración.

En orden a los puntos particulares de las categorías jurídicas tratadas por el libro, nos parece relevante el enfoque expuesto bajo el epígrafe “Luces y sombras autónomas y convencionales” (p. 103), donde resalta la idea de un Código Modelo de DIPr para México, postulada por la autora para las categorizaciones autónomas o unilaterales, para pasar luego a las convencionales, sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional (La Haya, 1993), en el ámbito universal, y en el regional la Convención Interamericana de 1984 sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP-III).

El tema de la adopción ocupó una parte importante de la actividad del IIN, así como en lo personal, dando lugar a estudios, anteproyectos, reuniones de expertos, cursos de difusión, etcétera, por lo cual, en lo que a nosotros refiere, es una suerte de rencuentro con un tema de temprana predilección.

En lo específico, la autora le atribuye calidad de “sombra” a la posibilidad de extender la aplicación de la Convención de 1984, artículo 2o., “a cualquier otra forma de adopción internacional”. A diferencia de González Martín, pensamos que esta disposición es inclusiva y con ella se pretende introducir regulaciones para fenómenos que en muchos casos enturbian la necesaria transparencia del proceso de adopción, la licitud de los antecedentes, la verificación de las condiciones de adoptante y adoptado, etcétera. Asimismo, la debida aplicación del artículo 20 de

dicha Convención en cuanto le atribuye a la autoridad interviniente la facultad de aplicar el instrumento ante la “pura intención” —manifestada o no—, de cambiar de residencia (p. 107) así como “la adopción a la carta” (entre la adopción nacional o la internacional que la adopción conllevaría) tomando aquí una expresión de uso corriente en el DIPr contemporáneo en el ámbito de los contratos comerciales internacionales.

En cuanto al riesgo de fraude que preocupa a la autora, es preciso asumir que la autoridad interviniente tiene por mandato de la Convención, la facultad de declararlo, y si bien cabe reconocer la dificultad para la puesta en práctica de estas normas, como bien lo señala la autora (p. 105), el ejercicio responsable de dicha facultad puede proveer la justicia concreta del caso. La autora indica que México, como país “emisor de menores”, ha sido el primero en ratificar la Convención de La Haya de 1993 (*idem*), no sin agregar luego que no existe armonía con el derecho interno y “peor aún, que no lo adecuamos en pro del interés superior del menor” (*idem*). Aquí González Martín se inclina en favor de la suscripción de convenios bilaterales, al tenor del artículo 39.2 de la Convención de La Haya, como medio para proveer mayor seguridad y transparencia en un marco de cooperación. Estos convenios tendrían, según la autora, carácter complementario, constituyéndose en un gran aporte en cuanto a los países con los que México mantiene “un trasiego transfronterizo en materia de adopción internacional” (p. 106).

En cuanto al fraude en sí mismo y habida cuenta de la Declaración de México de aplicar la Convención de 1984 “a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 2o. y 20 de dicho instrumento interamericano”, siendo México un Estado parte de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr (Montevideo, CIDIP-II, 1979), podría invocar el artículo 6o. de esa Convención en cuanto prevé: “No se aplicará el derecho extranjero de un Estado parte cuando artificioosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas”. A esto, sumamos la coincidencia con la autora en cuanto a que las eventuales hipótesis de fraude podrían darse tanto en la fijación del domicilio como en el objetivo final de obtener la adopción (así lo indicábamos en nuestros comentarios a la Convención Interamericana (publicación del IIN, Montevideo, 1985). Anotábamos, empero, un matiz en

cuanto no creemos que esa solución constituya un retroceso, y tampoco, por supuesto, se traduzca “en clara desprotección del menor”. De ahí que en el anteproyecto de Convención que presentáramos en la Reunión de Expertos de Quito de 1983, previa a la Convención de La Paz, lo propusiéramos (artículo 20). Este criterio fue avalado —aunque parcialmente modificado— por la Reunión de Expertos en el Proyecto aprobado (artículo 18), el que asigna internacionalidad a “las adopciones que se lleven a cabo por personas extranjeras cuando el adoptante y el adoptado tengan residencia habitual en ese Estado”. Afortunadamente, en lo que hace a la excepción de extranjería esta fórmula no fue acogida por la CIDIP-III, pues ello habría significado reintroducir la nacionalidad como un factor internacionalizante en un sentido opuesto a la tradicional posición domiciliarista dominante en América Latina, con la que ciertamente coincide la autora (p. 108).

En cuanto a la intención que inspiró la solución del artículo 20 de la Convención de La Paz, fue la de evitar la desregulación ante situaciones reales que dan cuenta de una “internacionalidad” previsible y emergente tras los controles de las autoridades competentes. Compartimos plenamente con la autora su rechazo al tráfico de menores y hemos trabajado siempre en esa dirección, asumiendo algunas incomodidades diplomáticas derivadas de una expresión que visualiza en el mundo países “exportadores” de menores y países “importadores” de menores. Con la misma claridad distinguimos la adopción internacional, rodeada de garantías, de un fenómeno intrínsecamente ilícito y repudiable como es el tráfico.

En el acápite “Reflexiones finales en materia de adopción internacional” (pp. 115-120), la autora pone en el haber de la Convención de 1984 “conceptos de gran trascendencia como son, entre otros, los de adopción internacional y adopción por extranjeros y la preocupación por evitar el encubrimiento de ilícitos; incluye la adopción plena y establece la ley aplicable a los efectos sucesorios” (p. 115).

Continuando con la adopción, hemos leído con sumo interés el espacio dedicado al llamado “Caso Práctico” (pp. 120-126), desde la perspectiva de aplicación del Convenio de La Haya de 1993, que detalla el procedimiento a seguir y prevé los derechos de los particulares y el papel reservado a la autoridad oficial, distinguiéndose de un modo equilibrado la competencia de la autoridad central y de la autoridad judicial, en una suerte de *in crescendo* que tiene como pieza central el informe de adaptabilidad habilitante de la preasignación; ésta requerirá de parte del

Estado de origen del menor un informe concordante seguido de actos de puro trámite, con presencia de los adoptantes extranjeros y un régimen de visitas “para constatar el acoplamiento y empatía entre el menor y la pareja” (p. 124). Trabajadores sociales y sicólogos institucionales y privados asisten al decisor con carácter previo, arribando a la sede judicial del Estado de origen del menor para que el juzgado de familia resuelva verificando si se cumplen o no los requisitos tanto convencionales como los del derecho material autónomo mexicano.

Nos hemos detenido en el detalle de dicho derecho nacional, porque a partir de su observancia, la autora alude al carácter “no claudicante” de la adopción. Esto equivale a lo que la doctrina y nuestro *Curso de l'Academie sobre la adopción internacional* hemos denominado adopción “boiteuse”. En rigor se trata de postular una adopción bien constituida que asigne a los países de origen y destino del adoptado el papel regulador que les corresponde en una relación jurídica de larga duración como lo es la adopción. Irrevocabilidad y carácter pleno de la adopción internacional son rasgos caracterizantes que despiertan la aprobación de la autora y suscitan nuestra coincidencia, sin olvidar que todo ello dependerá de la solución de la ley aplicable, pues más allá del carácter material de buena parte de las disposiciones del Convenio de 1993, subsiste la solución del conflicto de leyes. En efecto, a modo de ejemplo, es al Estado contratante donde tiene lugar la adopción al que corresponde disponer sobre la ruptura del vínculo del niño con su padre y madre biológica (artículo 26 lit. c).

Está muy vivo en nuestro recuerdo la discusión de La Haya de 1993, época en la cual la tendencia previa predominante de los países latinoamericanos y de otros países de emisión de menores, era totalmente contraria a la propia adopción internacional como institución, punto a partir del cual la defensa de la exclusividad de la ley de origen del adoptado se convertía en una solución transaccional. De ahí que la solución alcanzada finalmente, equilibrada sin duda, merece la mayor aprobación, debiendo tenerse presente que la Convención de La Paz, que precedió en casi diez años a la de La Haya, ya había optado por reconocer el papel regulador de las dos leyes involucradas en la adopción internacional, así como la irrevocabilidad de la adopción plena (artículos 10. y 12 de la Convención de 1984).

La autora postula un Proyecto de Código Modelo de DIPr, como ya se ha indicado, y esta iniciativa es una verdadera idea fuerza, la que a juicio del distinguido colega Jorge Alberto Silva Silva, “alojaría” reglas generales y diversas categorías especiales, varias de ellas del derecho de familia, para colmar así un vacío que le lleva al precitado autor a señalar junto con Leonel Pereznieto (citados en nota 219 de la obra): “México no ha tenido una verdadera ley o código de DIPr”. A despecho del gran interés que nos provoca el anunciado contenido del prealudido proyecto de código, nos abstendremos de comentarios que pudieran pecar de prioricismo no suficientemente familiarizado con la realidad mexicana. Sin embargo, sólo en las soluciones adoptadas por México en el plano internacional, coincidimos con la autora en su rechazo a los foros exorbitantes y a su inclinación por “foros de protección” (p. 118). Igualmente, aunque de manera matizada, suscribimos la idea de la “eficaz desinstitucionalización de los menores en pro de su interés superior”. Reconocemos, empero, la falta de soluciones uniformes en la materia y por tanto abogamos con la autora en pro de una profundización de este aspecto.

Con relación a la categoría de los alimentos, la autora le dedica un justificado y extenso capítulo de su obra (pp. 127-193), en el que examina el cuadro completo de las convenciones internacionales aplicables a la categoría a nivel universal y regional. Ello incluye el Convenio de Naciones Unidas sobre obtención de alimentos en el extranjero de 1956 y la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989 (CIDIP-IV), a lo que se agrega la legislación material interna, en lo pertinente. También considera la autora el Convenio de La Haya de 2007 sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia, señalando que México no es país firmante y que es un instrumento que no ha entrado en vigor (pp. 139 y ss.).

Incluye la autora un fallo mayor de la Suprema Corte de Justicia de México que declara que los alimentos son “materia de orden público e interés social” (p. 129), no susceptible de efecto suspensivo —caso de recurso—, ni de cumplimiento parcial (*idem*), conclusiones ambas con las que anotamos nuestra coincidencia.

La autora destaca el carácter autónomo de la categoría alimentos, en especial respecto a la relación de parentesco (p. 129). Aquí arriba a mi memoria la idea del maestro uruguayo Quintín Alfonsín, cuando postula la llamada “filiación alimentaria” (*Sistema de derecho civil internacio-*



nal, vol. 1), obviamente atinente a menores, a los que, por nuestra parte, hemos atribuido su derecho a percibir alimentos con neto predominio de su propio interés, situándole así en “condiciones objetivas de protección”. Estos criterios fueron la antesala de la Convención Interamericana de 1989, en los trabajos impulsados por el IIN en su Reunión de Expertos de San José de Costa Rica de ese mismo año, sin perjuicio del ámbito más abarcativo adoptado luego por la Convención de Montevideo, al incluir otras obligaciones alimentarias como las que derivan de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales (artículo 1o.). En este sentido, también la Convención de La Haya de 2007 adopta un ámbito amplio.

La Convención de La Haya de 1956 sobre ley aplicable a la obligación alimenticia respecto de menores, es señalada en la obra como un antecedente convencional influyente en el derecho mexicano (p. 131).

La autora se aplica a un cuidadoso examen de la Convención de 1996 (protección de niños) y la del 2007, tras reconocer la fuerza irradiada por los binomios instrumentales de La Haya 1956 y 1958, y los de 1973, todos sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia alimentaria, para señalar respecto de la de 1996 su carácter complementario de la Convención de Derechos del Niño de 1989. Pasa luego a examinar la Convención Interamericana de 1989, puntualizando que ésta regula la competencia judicial internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias, con la cooperación judicial. Destaca su compatibilidad con el Convenio de Naciones Unidas de 1956, aplicable en los puntos no previstos por la Convención Interamericana o por no ser parte de ésta el Estado involucrado. El derecho autónomo mexicano sería la última fuente aplicable.

En cuanto al vínculo entre las obligaciones alimentarias y las demás categorías relacionadas, su regulación no prejuzga acerca de las segundas (artículo 5o.), solución que habíamos propuesto en el anteproyecto preparado a solicitud del IIN con antelación a la CIDIP-IV (Montevideo, 1989), reafirmandose así la autonomía de la categoría bajo examen.

La autora, entre los aspectos destacables de la Convención de 1989, señala la fórmula del *favor creditoris* (artículo 21), para evitar interpretaciones restrictivas de la Convención. González Martín enuncia los ámbitos de aplicación de la Convención: el material-personal, donde anota que los alimentos no están definidos, lo que la induce a utilizar el crite-

rio *favor creditoris* para escoger entre la *lex fori* y la ley extranjera. Se menciona aquí la Declaración de México hecha al amparo del artículo 3o. por la que se extiende la obligación alimentaria a los concubinos, parientes colaterales dentro del cuarto grado, menores o incapaces y el adoptado con relación con el adoptante. Y en cuanto al ámbito de aplicación espacial, subráyase el carácter de interpartes del Convenio así como la amplitud de criterios en materia de competencia judicial internacional (artículo 8o.); igualmente, en cuanto al derecho aplicable (artículo 6o.), con una fórmula anteproyectada en el marco de expertos indicado más arriba (artículos 5o. y 8o.).

Por razones de límites de extensión de este comentario, pasaremos a considerar aquí las reflexiones finales de la autora en materia de alimentos con elementos de internacionalidad (pp. 187-193). La autora extiende un elocuente reconocimiento al foro de codificación regional —CIDIP—, a la vez que pondera el valor de la Declaración de México al ampliar el ámbito de aplicación de la Convención, a diferencia del juicio negativo que le provocara la Declaración de México respecto de la Convención de Adopción, comentado líneas arriba. Es interesante aquí también el ejemplo de caso práctico propuesto por la autora para la aplicación de las Convenciones de Naciones Unidas de 1956 y de Montevideo de 1989.

Pasa luego el libro a ocuparse de la figura de la restitución de menores, punto de frecuente planteo práctico, provocado en muchos casos por la separación de los progenitores que viven en Estados diferentes y efectúan el traslado del menor, ya sea de modo lícito o ilícito, reteniéndolo sin devolverlo al otro progenitor, normalmente la madre. Se trata de un mecanismo instrumental dirigido a eliminar dificultades para la devolución del menor, aunque ello no equivalga a considerarlo un mecanismo de funcionamiento automático. Así, son muchos y variados los casos y su número aumenta en proporción a la creciente internacionalidad de la familia; la autora nos habla de “familias multinacionales”, proponiendo ejemplo concreto de ella. Destaca luego la importancia de la localización y la restitución inmediata “sin que quepa lugar a la dilación” (pp. 195 y 196).

Sin perjuicio de lo anterior, y la propia autora lo advierte, para una y otra acción —localización y restitución—, suelen plantearse dificultades a veces de tinte dramático, y en este sentido González Martín interrógase acerca de si la edad del menor y el tiempo transcurrido y su integración a una nueva residencia tendrán incidencia para decidir la restitución, ha-

bida cuenta de la conveniencia o no de disponerla (p. 196). A nuestro entender estas interrogantes son procedentes, aunque observamos el riesgo que podría derivarse del abuso puramente dilatorio de la defensa y con ello desnaturalizar el objeto mismo del instituto, riesgo que podría conjurarse con una adecuada cooperación entre las autoridades intervinientes. La autora califica esta cooperación como el “cuarto pilar del derecho internacional privado” (p. 196).

Analiza la autora el derecho convencional positivo vigente en México, en particular la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989. Al respecto la autora advierte la presencia de dos conceptos distintos: sustracción en La Haya, restitución en la interamericana. Ambos, en íntima conexión, ya que sin uno, sustracción o retención, no podría darse el segundo, esto es, la restitución.

Al analizar la Convención de La Haya se nos dice que es “un convenio unitario”, pues “regula solamente la cooperación entre autoridades judiciales o administrativas con el fin de localizar y restituir al menor” (p. 198), y tiene por objetivo “proteger las decisiones sobre el fondo de una determinada autoridad judicial” (*idem*). Compartimos este criterio asumiendo que el concepto rector que planea sobre todos los instrumentos jurídicos en la materia de menores es el interés superior, noción indeterminada de un modo taxativo, que obliga al intérprete en cada caso a consultar tanto la norma como la realidad, pues todos sabemos, incluso por experiencia profesional, que en muchos casos el deterioro de las relaciones de los progenitores, profundo y variado, convierte a los menores en víctimas pasivas de la situación. No siempre las “decisiones sobre el fondo”, especialmente cuando no se ha entablado un verdadero contencioso garantista entre los progenitores, responden a una fórmula equilibrada, sino que en muchos casos son el producto de una presión o situación circunstancial.

Respecto del punto anterior, la autora comparte con Miralles Sangro su prevención acerca del peligro que implicaría la multiplicación abusiva de las excepciones, advirtiendo que la Convención de La Haya no se restringe al traslado por los progenitores sino que también a cualquier persona, institución u otro organismo, aunque siempre en el marco de la internacionalidad.

El uso de la conexión “residencia habitual del menor” y no el domicilio de sus representantes, asegura con claridad un foro de protección del menor con lo cual se obvia la invocación de un “foro de necesidad” (p. 201).

Calificado el Convenio de La Haya como un acuerdo de cooperación, subráyase el papel de la autoridad central como su agente estatal principal.

Con el título “Foro de codificación regional”, la autora comenta la precitada Convención Interamericana de Restitución y subraya que no hay relación de jerarquía entre ésta y la Convención de La Haya de 1980, sino un respectivo ámbito de aplicación espacial temporal y aun material; este último, si nos atenemos a ciertas definiciones de la Convención de La Haya, que no aparecen en la Interamericana, como el “derecho de custodia” y el “derecho de visita”, previstos en el artículo 5o., de juicio positivo modo a nuestro de ver.

Acaso lo más relevante en orden a la coordinación entre ambas convenciones sea la resultante de su respectivo artículo 34. En efecto, el de La Haya establece que el Convenio “no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas del Estado requerido”. Por su parte, la Convención Interamericana, y como producto de una larga discusión en la que nos ha tocado negociar desde la presidencia de la CIDIP-IV, contempla el caso de los Estados que sean parte de ambas convenciones, y se inclina por ella misma al tiempo que salvaguarda el derecho de los Estados parte de “convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980”. Hasta donde llega mi información, no habría ningún acuerdo bilateral de esa índole, de tal manera que dicha cláusula de compatibilidad regiría plenamente.

Efectúa la autora un pormenorizado análisis del texto de la Convención, con el cual básicamente coincidimos, sin dejar de precisar que el llamado “legal kidnapping” como una suerte de *forum shopping*, producto de la pluralidad de traslados, alguno de conveniencia, es el resultado natural de la apertura de criterios en materia de competencia judicial internacional. Esta solución tiene sus antecedentes en los trabajos preparatorios de CIDIP-IV impulsados y publicados por el IIN, con los cuales contribuimos y entre los que destaca la Reunión de Expertos celebrada en San José de Costa Rica en mayo de 1989, cuya relatoría a cargo de Ubaldino Calvento Solari, del IIN —jefe de la Unidad de Asuntos Jurídicos—

dicos—, contiene los proyectos de Convención del Comité Jurídico Interamericano, de José Luis Siqueiros (México) y el mío propio (véase publicación del IIN bajo el título *Informe final*, Montevideo, Unidad de Asuntos Jurídicos, 1989). Es justicia señalar aquí la colaboración que dieron entonces al IIN otros distinguidos juristas latinoamericanos, entre ellos Ricardo Abarca (México), Roberto McLean (Perú), Manuel A. Vieira (Uruguay), Eduardo Vaz Ferreira (Uruguay), Alicia Perugini (Argentina) y Eduardo Tellechea Bergman (Uruguay), entre otros.

Acerca de la “residencia habitual”, señala González Martín que habría sido conveniente conceptualizar esta conexión, aun cuando —con acierto— no la considera un “concepto jurídico indeterminado”, como lo es el “interés superior del menor” y el concepto de “urgencia” —éste más fácilmente detectable, a mi juicio—, utilizado en las convenciones. A nivel bilateral, el Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina de 1981, en vigor, define en el artículo 3o. la residencia habitual del menor, entendiéndose por ella “el Estado donde tiene su centro de vida”.

Otro punto que merece destacarse es el llamado de la autora a la necesidad de ver los “casos concretos” para decidir la viabilidad de las excepciones a la entrega, que a modo de *numerus clausus* ordena el artículo 11 de la Convención Interamericana. En particular, acerca del “riesgo grave de peligro físico o síquico” apoya su comentario en trabajos del profesor uruguayo Eduardo Tellechea Bergman, que refieren a la forma en que la jurisprudencia maneja este concepto (p. 215, nota 353).

En cuanto al papel que le cabría al IIN en la coordinación de las actividades de las autoridades centrales (artículo 27), el libro aporta en nota 355 (p. 218) una información precisa acerca de los pasos dados por este organismo especializado de la OEA para cumplimentar dicho encargo, registrándose sus últimas actuaciones en 2002, lo que indicaría la necesidad de darle continuidad a esta plausible fórmula de participación institucional.

En sus reflexiones finales sobre restitución, pondera González Martín la Convención de Montevideo, por dar un panorama más completo que el Convenio de La Haya, al prever normas sobre competencia (criterios de atribución), aunque a su juicio “son sustancialmente iguales” en cuanto a lo que ella denomina el *solve et repete*. Esto es, primero se retorna al menor y luego se discute el derecho de guarda y visita y su ejercicio. Sin embar-

go, cabe observar con cuidado el tema del automatismo de la restitución inmediata, lo que lleva a la autora a señalar que hay que “analizarla para cada caso” la solicitud de restitución (p. 222), sin que ello implique prejuzgar sobre el derecho de fondo de las partes. Son los jueces de la residencia habitual del menor los encargados de resolver tal cuestión, dentro de un procedimiento contencioso específico y propio del tema en debate.

En nuestra opinión personal, no cabría poner en duda el valor e importancia de este mecanismo restitutorio cuando funciona en condiciones de normalidad, vale decir, cuando los progenitores o responsables del menor ejercen sus funciones en un plano de auténtica legitimidad y conforme al plexo de derechos y obligaciones que ese estatus les impone. Por supuesto que de este modo quedan abarcadas figuras distintas, como la guarda y custodia compartida o exclusiva, aun para nuestro país por ejemplo, la pura tenencia. Es igualmente cierto que en muchos casos la sustracción o retención —ambas auspician la restitución—, obedece a razones que hacen al fondo de la cuestión, precisamente cuando no se da ese soporte de normalidad antes aludido. Podría agregarse que por esta vía se pondría entre corchetes el instituto mismo de la restitución, y no es éste el objetivo. Y por cierto tampoco el alcance de este comentario. Sólo se trata de actuar conforme a derecho, y éste nos dice, en esencia y como principio general, que la restitución es un mecanismo que aunque ejercido por titulares de legitimidad formal, que pueden variar, en todos los casos tiene una finalidad: preservar el interés superior del menor, indefinido en la propia letra legal, pero abierto a una verificación fáctica que trasciende el puro esqueleto procesal de la figura y nos impone un examen en profundidad de las circunstancias de cada caso.

Controlar si quien incoa el pedido de restitución e invoca, por ejemplo, la guarda del menor, ha ejercido conforme a derecho esa facultad-deber, no podría quedar fuera del debate restitutorio, y como una pura excepción a la restitución, sin que esto implique atribuirse competencia para dictar sentencia sobre el fondo en virtud de un continente procesal impropio. Tampoco podría, ante la solicitud restitutoria, actuarse en instancia de ejecución o reconocimiento de sentencia o resolución extranjera. A un concepto similar a éste parecería inclinarse la autora en la página 225 *in fine*.

La presentación del llamado “Caso Práctico” habilita a la autora a colocar en el terreno de la aplicación las dos convenciones reguladoras, tras señalar que si se tratare de situaciones donde ninguna de éstas es de

aplicación, será la cooperación interestática —como principio matriz— la encargada de asegurar un resultado positivo. Tanto para el académico como para el profesional práctico, resulta de suma utilidad la consulta de todos los epígrafes del libro destinados al llamado caso práctico, cuyo análisis global excedería el alcance de este comentario.

El capítulo quinto —último del libro— se titula “Tráfico y trata”. Es muy amplio, desarrolla una reseña completa de los distintos instrumentos internacionales convencionales reguladores de este fenómeno, la gran mayoría de ellos aprobados en el ámbito de Naciones Unidas. En este sentido, la autora encomia con justicia la labor del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia —UNICEF— y se refiere con detalle a la explotación laboral —trabajo infantil—, recordándonos datos numéricos escalofriantes: 200 millones de niños entre cinco y siete años de edad trabajan; de ellos, 126 millones realizan trabajos peligrosos. En América Latina vive el 17% de los menores explotados. Por cierto, no es ajena a este fenómeno la explotación sexual.

Es notorio que la obra ingresa en el terreno de la justicia social como respuesta a un “fenómeno multifactorial” (p. 239) y la respuesta desde el derecho internacional que ha dado la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, con lo cual se desborda el marco del derecho internacional privado. Este enfoque lleva a la autora a subrayar “la fisura entre el deber ser y la realidad” (p. 239) que aqueja a sectores muy amplios del derecho en su totalidad.

Toda esta temática, y por cierto, la Convención de Derechos del Niño, nos induciría a extender el análisis del libro; no obstante, nos limitaremos al ámbito regional, en especial al llamado tráfico de menores, donde se anota un esfuerzo regulador con soluciones de DIPr, lo que justifica esta selección forzada además por una extensión por su índole no ilimitada.

Sin embargo, procede indicar que el libro registra aquí una alta dosis de información aprovechable por los estudiosos del área social, proveyendo una nómina completa de convenios sobre trata y/o discriminación en materia de menores (pp. 259-295), en la que también se incluyen, entre otros, los instrumentos relativos a la trata de mujeres mayores, de lucha contra todas las formas de discriminación de la mujer, etcétera.

Volviendo sobre el tráfico internacional de menores, la autora analiza la Convención aprobada en México por la CIDIP-V, 1994, cuyo origen se encuentra en el artículo 35 de la Convención de los Derechos del

Niño, que impone a los Estados la obligación de adoptar “medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o forma”. El propósito ilícito es el que califica e incrimina penalmente el tráfico, con independencia de la licitud o ilicitud del medio empleado. González Martín apoya la crítica de Elisa Pérez Vera en cuanto a que la Convención de Tráfico no da soluciones para la división entre países ricos y países pobres, como origen principal del tráfico. Desde la coincidencia con la sensibilidad social de este planteo, estimamos que la solución de fondo no se alcanza por la vía de los instrumentos jurídicos, que en el mejor de los casos sólo alivian situaciones concretas atacando los efectos más perniciosos y aplicando la legislación penal cuando corresponda. Llevar a la práctica esta última es un deber irrenunciable de los Estados y de las organizaciones internacionales. Por esto mismo es resaltable este Convenio, que al igual que respecto de los demás temas de DIPr de menores, ha tenido, históricamente, en el IIN, en su momento el más firme impulsor.

Esta Convención tiene un número alto de ratificantes, entre los que no cuenta México, lo que no le impide a la autora examinar el ámbito material-personal (pp. 254 y 255). Así, las reglas sobre competencia internacional con base en la conexión de la residencia habitual del menor, es materia de examen, enumerándose los distintos foros alternativos, que no implican un orden jerárquico de referencia sino una oferta abierta a quien presente la respectiva solicitud o denuncia, con observancia del principio *prior in tempore potior in jure*. De este modo, al igual que acontece en otras categorías de derecho de familia, se elimina la invocación de un foro de necesidad o de una denegación de justicia, así como un foro exorbitante, concepto que según la autora se extiende tanto al ámbito civil como al penal (p. 256).

A modo de conclusión, afirmamos encontrarnos ante una obra de la profesora Nuria González Martín, que aporta al tratamiento de los problemas de la familia internacional, con especial referencia a México —aunque a nuestro juicio, desborda ese marco—, que será sin duda de gran utilidad a los fines de la enseñanza como del ejercicio profesional, y, por sobre todo, como un conjunto de ideas y advertencias al que el legislador nacional e internacional no debería desatender.

Por todo ello la obra merece un franco reconocimiento.



Didier OPERTTI BADÁN