

LA CONVERGENCIA DE LA COOPERACIÓN INTERAMERICANA EN MATERIA DE
ADOPCIÓN, SUSTRACCIÓN Y TRÁFICO DE MENORES

María Mercedes Albornoz*

En las últimas décadas, como consecuencia de la globalización y del desarrollo de nuevas tecnologías que facilitan el transporte y la comunicación transfronteriza, se ha reducido la dimensión espacio-tiempo¹ intensificándose notoriamente el tráfico jurídico internacional. Adicionalmente, las crisis económicas y financieras mundiales, que han traído de la mano un aumento exponencial de la pobreza, han originado grandes corrientes migratorias². En el ámbito de la familia y de las personas físicas en particular, los desplazamientos transfronterizos masivos³ son tierra fértil para una amplia gama de situaciones que presentan elementos de extranjería y que en muchos casos repercuten directamente en los niños, niñas y adolescentes.

Piénsese, por ejemplo, en hogares integrados por personas que nacieron y siempre han vivido en el mismo lugar pero donde la necesidad económica y la falta de oportunidades impulsan al padre a abandonar el país de origen, emigrando para trabajar y así proveer sustento a su familia. O en matrimonios celebrados entre personas de nacionalidades diferentes, con probables cambios de lugar de residencia familiar, hijos nacidos en uno u otro país, e incluso eventuales divorcios. O en niños cuyos padres biológicos o adoptivos viven separados por miles de kilómetros de distancia, y que son

* Doctora y DEA (LL.M) en Derecho Internacional Privado, Université Panthéon-Assas, Paris II (Francia). Abogada, Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Profesora investigadora del Centro de Investigación y Docencia Económicas y miembro Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores (México).

¹ Rodríguez Benot, A. e Ybarra Bores, A., “Familia, inmigración y multiculturalidad: La experiencia europea”, in González Martín, N. (coord.), *Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*, México, Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 83.

² Najurieta, M. S., “El fenómeno de las migraciones y la estabilidad del vínculo adoptivo en un contexto internacional”, in Fresnedo de Aguirre, Cecilia (coord.), *Las personas frente a la dinámica y exigencias del mundo globalizado (Jornadas de la ASADIP 2010)*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) / Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), 2010, p. 105.

³ Tellechea Bergman, E., “La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento”, in *Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional por uno de sus padres. Propuesta de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción internacional de menores al Consejo Directivo del IIN*, Instituto Interamericano del Niño / Organización de Estados Americanos, Montevideo, 2002, disponible en <http://www.iin.oea.org/IIN2011/documentos/Sustraccion.pdf>, p. 75.

utilizados como medio de presión o de venganza entre padres en conflicto⁴. Piénsese asimismo en la infancia desvalida, víctima de la exclusión social, presa fácil de una delincuencia organizada que ya no reconoce fronteras. O simplemente en menores que carecen de un hogar y son dados en adopción a personas o familias que habitan en otro país. El complejo entramado del multiculturalismo⁵ se hace patente con toda su riqueza; pero también con los conflictos jurídicos de los que es caldo de cultivo. En un contexto como éste se requiere, más que nunca, un marco normativo internacional protector de la infancia, que sea eficaz.

La comunidad internacional se ha mostrado sensible ante esta problemática y fue tomando conciencia de la necesidad de establecer un marco jurídico que protegiera los derechos de la niñez. Tan es así, que hoy por hoy asistimos a una proliferación de tratados internacionales en la materia, algunos de los cuales tienen alcance universal y otros de los cuales tienen alcance regional.

Entre los instrumentos internacionales universales se destaca la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, que cuenta con ciento noventa y tres Estados Parte⁶ y es considerada una convención “total”⁷ en lo atinente a la protección del menor. Su texto consagra el principio fundamental del interés superior del niño (artículo 3⁸) y le garantiza a éste ciertos derechos entre los que destacamos el derecho a no ser trasladado ni retenido ilícitamente en el extranjero (artículo 11⁹), que se complementa con el derecho a no ser objeto de secuestro, venta o trata de niños (artículo 35¹⁰). Asimismo, en el foro de codificación universal de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, Conferencia de La Haya), fue gestada una serie de convenios internacionales de protección de la infancia¹¹, a saber:

- Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, del 2 de octubre de 1973;

⁴ Alborno, J. R., “Prólogo”, in Berraz, C. A., *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, Santa Fe, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 3.

⁵ Término definido en el Diccionario de la Real Academia Española como “Convivencia de diversas culturas”. Acerca del impacto de la identidad cultural y la integración en el Derecho Internacional Privado actual, ver el curso de E. Jayme en la Academia de Derecho Internacional de La Haya: “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des cours* 1995, volumen 251, p. 9-267.

⁶ Conforme a la base de datos de la Organización de las Naciones Unidas, disponible en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=fr.

⁷ González Martín, N., *Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México, Porrúa / UNAM, 2009, p. 71.

⁸ En particular, el art. 3.1 dispone: “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.”

⁹ Artículo 11: “1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.”

¹⁰ Artículo 35: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”

¹¹ Todos ellos inspirados en y orientados hacia el interés superior del menor. Ver Vargas Gómez-Urrutia, M., “El interés del menor como principio inspirador en el derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Privado*, México, n° 28, 1999, p. 107-133.

- Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, del 2 de octubre de 1973;
- Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, del 25 de octubre de 1980 (en adelante, convenio sobre sustracción);
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, del 29 de mayo de 1993 (en adelante, convenio sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción);
- Convenio 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, del 19 de octubre de 1996;
- Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, del 23 de noviembre de 2007¹².

En cuanto al marco jurídico regional de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, nos interesa concentrarnos en el continente americano¹³, donde a instancias de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y su foro de codificación, las Conferencias especializadas interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), vieron la luz varias convenciones interamericanas orientadas a la protección internacional de la niñez. Se trata de las siguientes:

- Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, firmada en La Paz el 24 de mayo de 1984 durante la CIDIP III (en adelante, convención sobre adopción);
- Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, firmada en Montevideo el 15 de julio de 1989 durante la CIDIP IV (en adelante, convención sobre obligaciones alimentarias);
- Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, firmada en Montevideo el 15 de julio de 1989 durante la CIDIP IV (en adelante, convención sobre restitución);
- Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, firmada en la Ciudad de México el 18 de marzo de 1994 durante la CIDIP V (en adelante, convención sobre tráfico).

Frente a la cantidad existente de instrumentos normativos universales que buscan proteger a la infancia, bien cabe preguntarse si se justifica o no contar adicionalmente con instrumentos interamericanos que persiguen el mismo fin, y si hay una relación de jerarquía entre unos y otros. Muy brevemente¹⁴ diremos que los tratados internacionales elaborados en foros de codificación

¹² Este último convenio todavía no ha entrado en vigor.

¹³ Ello no nos impide reconocer la existencia y la importancia de instrumentos jurídicos que persiguen la protección internacional de los menores en otras regiones del mundo, como Europa o África.

¹⁴ Ya que el tema fue tratado por Nuria González Martín en el primer panel de este Seminario de Derecho Internacional sobre Cooperación Jurídica en materia de Familia y Niñez, consagrado a la

universales y regionales tienen cada uno sus propios ámbitos de aplicación, aunque eventualmente lleguen a regular materias comunes de manera similar¹⁵. En realidad, no hay supremacía jerárquica¹⁶ de los instrumentos universales por sobre los instrumentos regionales, y habrá que estarse a los principios generales en materia de tratados¹⁷ y a lo que dispongan las cláusulas de compatibilidad cuando las haya.

Pensamos que las características del continente americano, y sobre todo las de los países latinoamericanos, requieren una cuidadosa y puntual atención en lo atinente a la protección de menores. En efecto, el bajo nivel de desarrollo socioeconómico de nuestros países, donde la riqueza se concentra en pocas manos mientras aumentan la pobreza y la exclusión, determina que sean países principalmente emisores de niños. Desde esta perspectiva, valoramos como positivo el hecho de que haya un foro interamericano donde sean tenidas en cuenta las particularidades regionales de esta realidad. En este sentido, las convenciones interamericanas podrían resultar más adecuadas para regularla que los convenios universales cuyos Estados Parte son también, en buena medida, países receptores de menores. Coincidimos con González Martín cuando descarta “por completo la idea de una duplicidad innecesaria de esfuerzos”¹⁸ entre foros codificadores y aboga “por la necesaria atención especializada a los problemas que la región americana presenta”¹⁹. Sin embargo, es posible que se dé –y en los hechos se da cada vez más²⁰, resultando sumamente enriquecedor– un

“Compatibilización de las diferentes convenciones interamericanas en materia de familia y niñez en relación a los convenios universales”.

¹⁵ D. P. Fernández Arroyo incluso ha señalado la similitud de los textos del convenio sobre sustracción y la convención sobre restitución, elaborados respectivamente por la Conferencia de La Haya y la CIDIP. “La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasilia, 1991, p. 347-376.

¹⁶ González Martín, N., *op. cit.* nota 7, p. 58.

¹⁷ Recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969. Acerca de los conflictos de tratados que regulan temas de derecho privado, ver B. Dutoit et F. Majoros, “Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles”, *Revue critique de droit international privé*, 1984, n° 4, p. 565-596. Ver también C. Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, París, L.G.D.J., 2001.

¹⁸ González Martín, N., “La Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado y la modernización del Derecho Internacional Privado latinoamericano. ¿Un cambio en el *iter* convencional hacia la ley modelo?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, n° conmemorativo, 2008, p. 536.

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ A modo de ejemplo, vemos que la convención interamericana sobre adopción influyó en la elaboración del convenio sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción. González Martín, N., *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, Editorial Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 77. Asimismo, el trabajo de la Conferencia de La Haya ha influido en varias de las CIDIP. Ver Siqueiros, J. L., “La influencia de la Conferencia de La Haya en las convenciones interamericanas de Derecho Internacional Privado”, in Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, *Cursos de Derecho Internacional. Serie Temática. Volumen I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*, Washington, D.C., Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, 2002, p. 879-891. También debe destacarse que la presencia de América Latina en el foro de la Conferencia de La Haya se ha incrementado de unos pocos años a esta parte con, por un lado, la creación de un puesto de oficial jurídico de enlace con América Latina en el seno de dicha conferencia y, por otro lado, con la presencia de miembros de ASADIP como observadores en diversas actividades llevadas a cabo por la Conferencia de La Haya. La participación de los hispanohablantes en general en los trabajos de la Conferencia de La Haya es destacada por Borrás, A. “El cambio de los tiempos: los hispanohablantes en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”,

intercambio de experiencias entre foros universales y foros regionales de codificación. Como bien sugiere Fernández Arroyo, “en lugar de plantear el tema en términos tales como ‘duplicación de esfuerzos’ o ‘compatibilidad o incompatibilidad’, tal vez fuera más adecuado hacerlo en función de las aportaciones que la obra de los demás foros de codificación pueden (*sic*) volcar sobre la codificación interamericana, y del aprovechamiento que la CIDIP puede hacer de dicha obra para elaborar las normas que más se ajusten a las necesidades de la región en esta hora”²¹.

El hecho de que existan tratados regulatorios de distintos aspectos de la realidad transfronteriza que afectan la vida de los menores, es por sí solo loable. Significa que un grupo – mayor o menor – de Estados se ha comprometido a aceptar ciertas soluciones uniformes o al menos a adoptar medidas tendientes a resguardar los intereses de la infancia. Ahora bien, en algunas ocasiones, la eficacia de estos instrumentos internacionales tradicionales no se corresponde con las expectativas generadas durante su gestación. El principal obstáculo a la eficacia de los tratados parece ser la voluntad política insuficiente, cuando no la total ausencia de voluntad política por parte de los Estados, sea para asumir compromisos y hacerlo sin reservas²², sea para implementar los compromisos asumidos.

Como reacción ante este problema, propio tanto de los textos elaborados en foros universales como de muchos de los creados en el foro de la CIDIP²³, en los últimos años se puede identificar una tendencia a pasar de tradicionales técnicas de codificación rígidas o duras, a modernas técnicas de codificación flexibles o blandas²⁴. En lugar de convenciones internacionales, mediante técnicas blandas se consigue elaborar recomendaciones, guías de buenas prácticas, leyes modelo o incluso contratos tipo, que no son vinculantes sino que podrán ser tomados como modelo por o al menos para marcar un rumbo determinado para los Estados que deseen considerarlos al momento de reformar sus sistemas jurídicos de fuente interna. Por ejemplo, en la CIDIP VI, celebrada en Washington en 2002, se aprobó la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, así como Carta de Porte directa uniforme negociable interamericana que rige el transporte internacional de mercaderías por carretera.

in *Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Operti Badán*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, con copatrocinio de la Organización de Estados Americanos, 2005, p. 79-95.

²¹ Fernández Arroyo, D. P., *Derecho Internacional Privado interamericano. Evolución y perspectivas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 60.

²² La finalidad perseguida por un tratado es susceptible de verse socavada por un exceso de reservas. Sin embargo, es preciso no olvidar que “Nada obliga a un Estado a incorporarse sin reservas a una nueva convención por el solo hecho de no quedar fuera de un pretendido proceso modernizador”. *Ibidem*, p. 47.

²³ El problema no se limita a las convenciones interamericanas en materia de protección de menores. A modo de ejemplo, piénsese en la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, aprobada por la CIDIP V que tuvo lugar en la Ciudad México en 1994. A pesar del impacto que ha tenido en foros académicos americanos y europeos, sólo tiene al día de hoy dos Estados Parte: el país anfitrión de la conferencia y Venezuela. Acerca de las posibles causas de esta situación, véase, entre otros: J. A. Moreno Rodríguez y M. M. Albornoz, “Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts”, *Journal of Private International Law*, Oxford, vol. 7, n° 3, diciembre de 2011 (aceptado). Versión previa, en español: “Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional”. *Revista Electrónica El Dial, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Buenos Aires, n° 58, marzo de 2011.

²⁴ Fernández Arroyo, D. P. “La CIDIP VI: ¿cambio de paradigma en la codificación interamericana de derecho internacional privado?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, México, n° 14, 2003, p. 170, disponible en <http://www.amedip.org/pdf/FernandezArroyoDiegoP.PDF>.

En el presente trabajo nos proponemos reflexionar acerca de las posibles causas de la falta de eficacia o la escasa aplicación práctica del marco normativo interamericano existente en materia de protección de niños, niñas y adolescentes. Como ya adelantamos, esta situación parece obedecer a cuestiones políticas. No obstante, creemos oportuno analizar si adicionalmente podría responder a motivos jurídicos derivados del contenido de o de la forma en la que convergen, en cuanto a la cooperación interamericana, las convenciones sobre adopción, restitución y tráfico –dejando de lado la convención sobre obligaciones alimentarias²⁵-. Así, destacaremos algunos aspectos de dichas convenciones (I), antes de concentrarnos en la cooperación interamericana entre autoridades (II) y de sacar conclusiones y formular propuestas (III).

I. LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS SOBRE ADOPCIÓN, RESTITUCIÓN Y TRÁFICO

Las convenciones interamericanas sobre adopción, restitución y tráfico, regulan diversos aspectos de la problemática de los menores en casos con elementos de extranjería. Tomadas en conjunto, pueden ser consideradas como piezas de un engranaje regional destinado a la protección de niñas, niños y adolescentes. La problemática de los desplazamientos transfronterizos de menores tiene diversas facetas, entre las cuales hallamos la adopción, la sustracción o la retención (y la pretendida restitución) y el tráfico. Las primeras, realizadas con fines o por medios ilícitos, desembocan en la figura del tráfico internacional de menores. Para introducirnos al estudio de este engranaje, comenzamos por presentar la siguiente tabla de Estados Parte de las convenciones.

| Estados Parte | CIDIP III Adopción | CIDIP IV Restitución | CIDIP V Tráfico |
|----------------------|---------------------------|-----------------------------|------------------------|
| Antigua y Barbuda | | X | |
| Argentina | | X | X |
| Belice | X | X | X |
| Bolivia | | X | X |
| Brasil | X | X | X |
| Chile | X | | |
| Colombia | X | X | X |
| Costa Rica | | X | X |
| Ecuador | | X | X |
| El Salvador | | | X |
| Honduras | X | | X |
| México | X | X | |
| Nicaragua | | X | X |
| Panamá | X | | X |
| Paraguay | | X | X |
| Perú | | X | X |
| Uruguay | X | X | X |

²⁵ Que fue abordada por Liliana Rapallini en el panel “La cooperación jurídica internacional bajo la convención interamericana de obligaciones alimentarias” de este Seminario de Derecho Internacional sobre Cooperación Jurídica en materia de Familia y Niñez.

| | | | |
|-----------|--|---|--|
| Venezuela | | X | |
|-----------|--|---|--|

Fuente: elaboración propia.

Ante todo, salta a la vista que los Estados Parte son, en un ciento por ciento, Estados latinoamericanos. Estados Unidos y Canadá no han firmado ninguno de estos tratados ni se han adherido posteriormente a ellos²⁶. Sólo cuatro países (Belice, Brasil, Colombia y Uruguay) son Estados Parte de las tres convenciones. De los diez países que son Parte de dos, siete (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, Perú) lo son de la de restitución y la de tráfico. Honduras y Panamá son Estados Parte de las convenciones sobre adopción y tráfico, en tanto que México²⁷ es Estado Parte de las convenciones de adopción y restitución. Finalmente, Antigua y Barbuda y Venezuela, son parte únicamente de la convención sobre restitución; Chile sólo es parte de la de adopción, y El Salvador, de la de tráfico.

Contando con este mapa general, que incide de manera directa en los respectivos ámbitos espaciales de aplicación, destacaremos algunos aspectos de cada una de las convenciones.

A. Convención sobre adopción

La convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores establece no solamente normas de conflicto que señalan la ley aplicable a diferentes aspectos de la adopción internacional²⁸, sino también normas de competencia judicial internacional²⁹.

Por “adopción”, la doctrina entiende de manera general “la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación”³⁰. En el ámbito de aplicación

²⁶ Estados Unidos y Canadá, incentivados por la posición hegemónica que ocupan en el proceso de globalización, “mantienen una actitud recelosa ante el conjunto de Estados que también son parte de la CIDIP y de la OEA y, si bien participan en los trabajos de codificación, armonización y unificación de las normas de derecho internacional privado, hasta el momento mantienen una actitud de apartamiento de la ratificación de las convenciones aprobadas”. Miralles Sangro, P.-P., “Balance de la actuación que desarrolla la CIDIP en materia de protección internacional de menores: regionalismo *versus* globalización”, in *Liber Amicorum Opertti*, *op. cit.* nota 20, p. 403.

²⁷ México firmó la convención sobre tráfico pero no la ratificó. En el medio académico ha sido muy criticada esta ausencia de ratificación por parte del país anfitrión de la CIDIP V donde tal convención fue adoptada y, asimismo, se aboga por su pronta ratificación. Ver, por ejemplo, Rodríguez Jiménez, S., “Protección internacional del menor en México: un vistazo a las figuras jurídicas de la sustracción y del tráfico”, in González Martín, N. (coord.), *op. cit.* nota 1, p. 156 y 159. González Martín comenta que, dado que la convención abarca aspectos civiles y penales, “en apariencia, la falta de ratificación (por parte de México) se dio por la falta de acuerdo de determinar quién fungiría como autoridad central, si el DIF Nacional o la PGR”. González Martín, N., *op. cit.* nota 20, p. 83, nota 204.

²⁸ Para un panorama general de la adopción internacional desde una perspectiva latinoamericana, ver, en lengua francesa: Opertti Badán, D., “L’adoption internationale”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, tomo 180, II, 1983, p. 295-411. Ver, en lengua inglesa, González Martín, N., “Chapter 10. International Adoptions”, in Jorge A. Vargas, *Mexican Law for the American Lawyer*, Durham, Carolina Academic Press, 2009, p. 351-379.

²⁹ Adherimos a la observación de que la convención “juega al despiste” cuando en su título anuncia que se ocupará únicamente del derecho aplicable y sin embargo, al leer su contenido, se constata que también da respuesta al problema de la competencia. Rodríguez Jiménez, S., *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 117, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2197>.

material de este instrumento interamericano queda comprendida la adopción plena, así como la legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida (artículo 1) y se abre la posibilidad de que cada Estado Parte incluya asimismo “cualquier otra forma” de adopción (artículo 2)³¹, en alusión a la adopción simple.

Las adopciones reguladas por la convención son las internacionales. La internacionalidad está dada por el hecho de que el adoptante (o adoptantes) tenga (o tengan) su domicilio en un Estado Parte de la convención diferente de aquél donde resida habitualmente el adoptado (artículo 1). Enfatizamos que el carácter internacional de la adopción es independiente de la nacionalidad de los sujetos³².

De acuerdo con la convención, cabe sin embargo la posibilidad de que cualquier Estado Parte declare la aplicabilidad de la misma a adopciones entre personas residentes en dicho Estado Parte “cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción” (artículo 20). México es el único país que formuló esta declaración interpretativa³³, dejando así en manos de la percepción del juez –por ahora, sólo jueces mexicanos– la calificación de la adopción como nacional o internacional. La figura de fraude a la ley³⁴, según entiende Berraz, es consagrada implícitamente por este artículo³⁵. Cuando se da, vulnera el principio de subsidiariedad de la adopción internacional³⁶. Rodríguez Jiménez añade que la materialización de un fraude puede llegar a ser una consecuencia de “la mala utilización de este artículo, ocultando o simulando la constitución de un nuevo domicilio en otro Estado parte”³⁷. Claro está, habrá casos en los que a pesar del cambio de domicilio no se configure el elemento subjetivo del fraude, casos en los que exista intención fraudulenta pero no se logre probarla, y casos –los menos– en los que el elemento subjetivo esté presente y pueda ser demostrado³⁸.

³⁰ Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, tomo II, 7ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, p. 245.

³¹ Tanto Chile como Honduras formularon sendas reservas al artículo 2. Esto significa que para Chile y Honduras, la convención sólo resulta aplicable a las adopciones contempladas en el artículo 1.

³² Sería internacional, por ejemplo, una adopción entre uruguayos si el menor residiera en Uruguay y el adoptante en Brasil.

³³ Ver Rodríguez Jiménez, S., “Las declaraciones interpretativas de las convenciones interamericanas en materia de menores y adopción”, in González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 123-154, esp. 145 y ss. “El temor que se levanta ante esta Declaración es la posibilidad de que los adoptantes elijan un tipo de adopción en función de la flexibilidad y rapidez de los trámites en la constitución de la adopción, así como en el seguimiento post-adoptivo y ello convierta la Declaración interpretativa en un vehículo ‘ilícito’ para transformar la adopción en un supuesto ‘ilícito’, un supuesto de tráfico.” González Martín, N., *op. cit.* nota 7, p. 66.

³⁴ La detección de un fraude a la ley impedirá la aplicación como derecho extranjero, del derecho de un Estado Parte, “cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte” (artículo 6, Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 8 de mayo de 1979).

³⁵ Berraz, C. A., *op. cit.* nota 4, p. 26.

³⁶ En virtud del principio de subsidiariedad, esencial en materia de adopciones internacionales, un menor sólo podrá ser dado en adopción a un adoptante (o adoptantes) residente en el extranjero cuando no sea posible encontrar un adoptante que viva en el país de origen del niño, niña o adolescente.

³⁷ Rodríguez Jiménez, S., *op. cit.* nota 33, p. 151-152.

³⁸ Pueden servir como indicios de intención fraudulenta la expansión espacial y la contracción temporal de la conducta del adoptante o de los adoptantes. En este sentido, Goldschmidt, W., *Derecho Internacional*

La convención es aplicable entre los países que la han ratificado o se han adherido a ella³⁹ y, como hemos visto, las adopciones internacionales reguladas son aquéllas en las que el adoptante está domiciliado en un Estado Parte y el adoptado reside habitualmente en otro Estado Parte (artículo 1). En lo atinente a su ámbito de aplicación temporal, la convención –que es irretroactiva y regirá indefinidamente– entró en vigor el 26 de mayo de 1988, el trigésimo día a partir de la fecha en que fue depositado el segundo instrumento de ratificación. Siguiendo el mismo criterio, para cada Estado que la ratifique o se adhiera a ella en una fecha posterior, la convención entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que ese Estado deposite el correspondiente instrumento de ratificación o de adhesión (artículo 26).

La cuestión de la competencia judicial internacional es resuelta por la convención estableciendo foros de protección⁴⁰ del menor adoptado, considerado como parte débil cuyo interés superior⁴¹ se busca preservar. En este sentido, se determina que serán competentes para el otorgamiento de la adopción las autoridades del Estado de residencia habitual del adoptado (artículo 15). Y para decidir sobre la anulación o la revocación de una adopción, como consecuencia lógica, serán competentes los jueces del país donde el adoptado residía habitualmente al momento en que la adopción fue otorgada (1er párrafo del artículo 16).

Adicionalmente (2º párrafo del artículo 16), la convención prevé foros alternativos para la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o figuras afines. En ese caso, será el actor quien podrá elegir entre las autoridades de:

- a. el Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción,
- b. el Estado donde tenga domicilio el adoptante, o
- c. el Estado del domicilio del adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento en el que se pida la conversión.

Finalmente, las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante y la familia de este último, se ventilarán ante los jueces del Estado del domicilio del adoptante. Esto será así mientras el adoptado no constituya un domicilio propio (1er párrafo del artículo 17). El foro designado por la norma resulta ser, en ese momento, el más próximo para ambas partes. No obstante, una vez que el adoptado tenga domicilio propio diferente al del adoptante, el actor está facultado a elegir entre el juez del domicilio del adoptado y el juez del domicilio del adoptante (2º párrafo del artículo 17).

Privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría pluralista del mundo jurídico, 7ª ed., 1990, p. 111, n° 120, disponible en <http://es.scribd.com/doc/38434902/Derecho-Internacional-Privado-Goldschmidt-Werner>.

³⁹ Ver *supra*, tabla de Estados Parte.

⁴⁰ Mediante los foros de protección se trata de “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”. Fernández Arroyo, D. P., “Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los Estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo?”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n° 34, 2004, p. 61.

⁴¹ Ver González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2961>.

El derecho aplicable a la adopción internacional es regulado detalladamente por la convención, cuyo título alude especialmente a “conflictos de leyes”. Se establece, por lo tanto, una serie de normas de conflicto que contemplan diversos aspectos de la adopción internacional de menores. Ante la variedad de supuestos considerados, haremos un corte temporal entre, por un lado, la etapa previa a la adopción y la constitución misma del vínculo adoptivo y, por otro lado, la etapa subsiguiente al otorgamiento de la adopción.

En la *primera etapa*, los artículos 3, 4 y 6 de la convención hacen las siguientes distinciones:

- 1) La ley de la residencia habitual del menor, regirá:
 - a. la capacidad, el consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, y
 - b. los procedimientos y formalidades extrínsecas para la constitución del vínculo.
- 2) La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes), regirá:
 - a. la capacidad para ser adoptante,
 - b. los requisitos de edad y estado civil del adoptante,
 - c. el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso, y
 - d. los demás requisitos para ser adoptante.

Cuando los requisitos señalados por la ley del adoptante sean manifiestamente menos estrictos que los de la ley de la residencia habitual del adoptado, se aplicará esta última.

3) La ley del Estado donde deben ser cumplidos los requisitos de publicidad y registro de la adopción es la que los regirá.

En la *segunda etapa*, que comienza una vez que la adopción es constituida, los artículos 9, 10, 11, 13 y 14 de la convención formulan las siguientes distinciones:

- 1) La ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima, regirá, en caso de adopción plena, legitimación adoptiva o figuras afines⁴²:
 - a. las relaciones entre adoptante y adoptado (incluso las alimentarias) y
 - b. las relaciones del adoptado con la familia del adoptante.
- 2) La ley del domicilio del adoptante regirá, en caso de adopciones distintas (como la simple), las relaciones entre adoptante y adoptado.
- 3) La ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, rige las relaciones del adoptado con su familia de origen.
- 4) La ley aplicable a cada sucesión regirá los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante⁴³.
- 5) A elección del actor, la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, o la ley del Estado del domicilio del adoptante al momento de solicitarse la conversión de

⁴² En las que se considerarán disueltos los vínculos del adoptado con su familia de origen, con la salvedad de que subsisten los impedimentos para contraer matrimonio (artículo 9, b).

⁴³ El artículo 11 contiene, en su segundo párrafo, una norma material que equipara, en los casos de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, los derechos sucesorios del adoptado, el adoptante y la familia de éste, a los que corresponden en virtud de la filiación legítima.

la adopción simple en adopción plena, legitimación adoptiva o instituciones afines, regirá la conversión.

6) La ley del lugar de otorgamiento de la adopción regirá la anulación del vínculo adoptivo.

Esta regulación conflictual tan exhaustiva amerita algunos comentarios, especialmente dirigidos a la primera de las dos etapas. Ante todo, nos parece apropiado que los requisitos para ser adoptado sean regidos por el derecho del país de residencia habitual del menor. La doctrina resalta que la residencia habitual “No es un concepto legal, sino que se aproxima más a una noción de hecho jurídico, independizándolo del domicilio de sus representantes legales”⁴⁴. Se trata del lugar donde el adoptado tiene su centro de vida⁴⁵. Adicionalmente, observamos que la convención no establece una edad mínima ni una edad máxima para que un menor pueda ser adoptado. Dada la diversidad de respuestas de los ordenamientos jurídicos nacionales sobre este tema, se ha pretendido “lograr un punto de coincidencia al remitir la solución al derecho del lugar donde el menor habitualmente reside, en lugar de inclinarse por una respuesta de carácter uniforme”⁴⁶.

La ley de la residencia habitual del menor adoptado rige también el procedimiento y las formalidades extrínsecas al otorgamiento de la adopción, disposición que evidencia una convergencia con el artículo 15, según el cual son las autoridades de ese lugar las competentes para tal fin. La ley del lugar donde debe llevarse a cabo todo lo relativo a la publicidad y el registro de la adopción, coincidirá en un principio⁴⁷ con la residencia habitual del adoptado.

Por otro lado, los requisitos necesarios para ser adoptante son regulados por la ley del domicilio del adoptante. No obstante ello, el segundo párrafo del artículo 4 prevé una cláusula de salvaguarda⁴⁸ o cláusula de cierre⁴⁹ a favor del adoptado y de la constitución del vínculo de filiación adoptiva, en virtud de la cual la ley del domicilio del adoptante será dejada de lado y reemplazada por la ley de la residencia habitual del adoptado, cuando la primera sea mucho más laxa que la segunda en cuanto a los requisitos para ser adoptante.

⁴⁴ Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores*, Córdoba, Advocatus, 1996, p. 109.

⁴⁵ Tal como lo traen a colación Uriondo de Martinoli y Cruz Pereyra, el único convenio que brinda una calificación autónoma de “residencia habitual” es un convenio bilateral argentino-uruguayo (el Convenio sobre Protección Internacional de Menores del 31 de julio de 1981), cuyo artículo 3 dispone que a los efectos del convenio, se entiende por residencia habitual del menor, el Estado donde tiene su centro de vida. Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L., “Capítulo octavo. Residencia habitual del niño o su centro de vida. ¿*Forum conveniens o non conveniens?*”, in Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La Restitución Internacional de la Niñez*, México, Porrúa, 2011, p. 141. Por otro lado, la residencia habitual es definida en doctrina como “la situación fáctica que implica una estabilidad y permanencia en un lugar. Éste es el centro de gravedad de los actos de la persona, su vida, valores, relaciones, etc.” Pereznieta Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado. Parte especial / Segunda edición*, México, Oxford University Press, 2006, p. 69.

⁴⁶ Berraz, C., *op. cit.* nota 4, p. 17.

⁴⁷ Sin perjuicio de ello, posteriormente se le dará publicidad a la adopción en el país donde está domiciliado el adoptante. Y esa publicidad quedará sometida a la ley del lugar donde deba realizarse. Se trata de un “registro-revalidación” de la adopción constituida en el extranjero, para que surta efectos en el foro. Pereznieta Castro, L. y Silva Silva, J. A., *op. cit.* nota 45, p. 293.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 279.

⁴⁹ González Martín, N., *op. cit.* nota 20, p. 81.

Uno de los aspectos más importantes de la convención consiste en que surtirán efectos de pleno derecho en los Estados Parte las adopciones que se ajusten a ella, sin que quepa la posibilidad de invocar la excepción de institución desconocida (artículo 5), así como también surtirán efectos de pleno derecho las adopciones nacionales otorgadas conforme al derecho interno de un Estado Parte, sin perjuicio de que tales efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio del adoptante (artículo 25⁵⁰).

Consideramos que esta convención contiene reglas atinadas para la adopción internacional, tanto en el ámbito de la competencia internacional directa como en el del derecho aplicable, ya que para cada uno de los supuestos contemplados busca brindar la respuesta más próxima, dándole prioridad al interés del menor a adoptar o adoptado y favoreciendo la validez de la adopción⁵¹, sin por ello dejar de lado el respeto al orden público de los Estados Parte⁵². En su momento significó un gran avance en la protección regional de los menores. Si bien se le pudo haber criticado que dejó de lado la preocupación por el tráfico de niños, niñas y adolescentes, la propia CIDIP se encargó de subsanar ese vacío cinco años después, durante la conferencia que tuvo lugar en la capital de los Estados Unidos Mexicanos.

B. Convención sobre restitución

La convención interamericana sobre restitución internacional de menores se ocupa de una arista particular de la problemática de los desplazamientos transfronterizos de niños, niñas y adolescentes: la sustracción o la retención ilegales llevadas a cabo por familiares cercanos al menor, y la pretendida posterior restitución. Las primeras constituyen presupuestos básicos para que se pueda aspirar a la segunda. Es por eso que a pesar del nombre de la convención, hay quienes prefieren el término “sustracción” al de “restitución” para referirse en general al tema⁵³. En cambio, desde otra perspectiva, se podría preferir el término “restitución” porque a ella se tiende. En este trabajo emplearemos ambos. El convenio de La Haya sobre el tema se denomina “Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores” y, dicho sea de paso, para los Estados que fueren parte de dicho convenio de alcance universal y de la convención interamericana, se ha establecido como regla general que prevalecerá esta última. No obstante, se permite que los países en cuestión convengan entre ellos la aplicación prioritaria del primero (artículo 34 de la convención).

El problema de la sustracción internacional de menores puede tornarse aún más grave de lo que ya de por sí es, cuando el sustractor intenta –y logra– “conseguir una resolución judicial o administrativa que legalice la situación de hecho que ha creado, en el Estado que ha elegido para refugiarse con su hijo”⁵⁴. Diferencias culturales profundas entre el país de residencia habitual y el país de refugio son susceptibles de facilitar la obtención de ese tipo de resoluciones y de convertirse de ese modo en un obstáculo a la restitución –obstáculo difícil, cuando no imposible de sortear–.

⁵⁰ El artículo 25 se relaciona con el artículo 20 analizado *supra*.

⁵¹ Artículo 19: “Los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente y a favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado.”

⁵² Artículo 18: “Las autoridades de cada Estado Parte podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por esta Convención cuando dicha ley sea manifiestamente contraria a su orden público.”

⁵³ González Martín, N., *op. cit.* nota 7, p. 208-209.

⁵⁴ Rubaja, N., “Restitución internacional de menores: una solución enfocada en el procedimiento”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 23 de marzo de 2011, disponible en <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=8225&tipo=2>, p. 1.

En esta convención, el tema que nos ocupa es abordado desde una perspectiva básicamente civil, a excepción de lo dispuesto en el artículo 26⁵⁵, que permite establecer una conexión con la convención sobre tráfico. Este enfoque primordialmente civilista podría deberse a que se trata de “situaciones de difícil tipificación como delito tanto por su relativa antijuridicidad cuanto porque aún tipificadas como conductas punibles, en tanto son llevadas a cabo por familiares cercanos al menor invocando razones de protección al niño, las sanciones tienden a ser mínimas y obstan en los hechos a la operatividad de institutos de la cooperación penal internacional como la extradición”⁵⁶. Asimismo, destacamos que las normas de la convención atañen principalmente a la competencia internacional de autoridades nacionales e instauran algunos mecanismos de cooperación concretos en los que ellas han de participar. Advertimos aquí un matiz diferente respecto de la convención sobre adopción que, como hemos visto, también contiene normas relativas al derecho aplicable.

El ámbito de aplicación material de la convención interamericana sobre restitución comprende los casos de menores con residencia habitual en un Estado Parte, que hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que, habiendo sido trasladados en forma legal, hubiesen sido retenidos ilegalmente. Uno de los objetivos convencionales consiste en asegurar la pronta restitución de los menores al Estado Parte de su residencia habitual; el otro, en hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares (artículo 1).

El texto contiene ciertos artículos que proveen herramientas útiles para delimitar con mayor precisión su ámbito material de aplicación. Así, se debe entender que es “ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían (...) 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” (artículo 4). Son justamente estos sujetos cuyo derecho de custodia o guarda, o de visita, ha sido violado, quienes tienen legitimación activa en el procedimiento de restitución del menor (artículo 5). Se establecen también calificaciones autónomas del derecho de custodia o guarda y del derecho de visita. El derecho de custodia y guarda abarca lo relativo al cuidado del menor –especialmente, el derecho a decidir su lugar de residencia–, y el derecho de visita incluye la facultad de llevar al menor a un lugar diferente del de su residencia habitual por un período limitado (artículo 3). En cuanto a qué se ha de entender por menor, la convención indica que lo será toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad (artículo 2).

Valoramos positivamente la inclusión de todas estas calificaciones autónomas, ya que impiden que nociones esenciales para la aplicación de la convención queden sometidas a las calificaciones de cada Estado Parte, susceptibles de diferir entre sí. Si la manera de entender estos conceptos se hubiese dejado librada a la ley del foro, “podría haber conflictos que generarían problemas graves de reconocimiento e inutilizarían las posibilidades prácticas de la Convención”⁵⁷.

En lo atinente a la fijación de una edad máxima para ser considerado menor a los efectos de la convención, destacamos el contraste entre ésta y la de adopción, que delega la regulación de la cuestión etaria a la ley de la residencia habitual del adoptado. Vale la pena señalar que el límite de

⁵⁵ Artículo 26: “La presente convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.”

⁵⁶ Tellechea Bergman, E., *op. cit.* nota 3, p. 79.

⁵⁷ Berraz, C., *op. cit.* nota 4, p. 32, quien alude especialmente a las calificaciones de derecho de visita y derecho de custodia o guarda. En nuestra opinión, tal afirmación podría hacerse extensiva a la ilegalidad del traslado o la retención y al concepto convencional de menor.

dieciséis años no incide en lo absoluto en la fijación, por cada Estado Parte, de la edad a partir de la cual se adquiere la mayoría de edad⁵⁸. Ahora bien, a los efectos de la aplicabilidad de la convención, hubiera sido conveniente acotar que la persona trasladada o retenida indebidamente ha de haber sido menor de dieciséis años al momento en que se produjo tal traslado o retención, para asegurarse de que no hubiera resquicio alguno para pensar que la convención dejaría de aplicarse una vez que el menor franqueara la barrera de los dieciséis años⁵⁹.

La convención es aplicable entre los países que la han ratificado o se han adherido a ella⁶⁰. Efectivamente, los mecanismos de cooperación entre autoridades diseñados por la convención obligan a los Estados Parte⁶¹ y se requiere que se localice en un Estado Parte la residencia habitual del menor, que además sea trasladado desde cualquier Estado a un Estado Parte (conforme al artículo 1). En lo atinente a su ámbito de aplicación temporal, la convención –que es irretroactiva y regirá indefinidamente– entró en vigor el 4 de noviembre de 1992, el trigésimo día a partir de la fecha en que fue depositado el segundo instrumento de ratificación. Siguiendo el mismo criterio, para cada Estado que la ratifique o se adhiera a ella en una fecha posterior, la convención entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que ese Estado deposite el correspondiente instrumento de ratificación o de adhesión (artículo 36).

La competencia para conocer de la solicitud de restitución de menores está regulada por el artículo 6 de la convención y corresponde a “las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención” (1er párrafo del artículo 6). Esta regla general de competencia internacional se complementa con dos foros alternativos adicionales para cuando existan razones de urgencia. La opción entre foros alternativos corresponde al actor quien, además de presentar la solicitud ante las autoridades del Estado Parte de residencia habitual del niño o niña, tendrá la posibilidad de hacerlo ante las del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare –o se supone se encontrare– el menor al momento de la solicitud, o ante las del Estado Parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la solicitud (2º párrafo del artículo 6). A renglón seguido (3er párrafo del artículo 6) se aclara que la promoción de una solicitud en casos urgentes en alguno de los foros previstos en el 2º párrafo, no conlleva una modificación de las normas establecidas en el 1º.

La regla general de competencia de las autoridades del Estado Parte de residencia habitual del menor antes de la sustracción instaura, claramente, un foro de protección del niño⁶². Se ha tomado como criterio atributivo de jurisdicción la residencia habitual sin proporcionar precisión alguna acerca del tiempo que debe haber transcurrido para poder afirmar que el menor tiene su centro de vida en tal o cual país. Aquí el tiempo es un factor relevante porque la competencia se asigna en

⁵⁸ Ver Matus Calleros, E., *Derecho internacional privado mexicano ante la restitución internacional de menores*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2009, p. 45, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2723>.

⁵⁹ Ver, en este sentido, Berraz, C., *op. cit.* nota 4, p. 30-31.

⁶⁰ Ver *supra*, tabla de Estados Parte.

⁶¹ Estamos ante un “*Convenio inter partes*”, como lo subraya González Martín. *Op. cit.* nota 7, p. 210.

⁶² La residencia habitual del niño anterior al traslado o retención ilegales deja de serlo. No obstante, la convención acentúa la importancia de la conexión personal anterior para exigir la restitución, incluso cuando por el tiempo transcurrido se haya generado una nueva conexión personal. Se privilegia “la relación personal del menor con la persona que tenía la guarda o custodia, a la mejor situación del menor en su nueva residencia”. Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L., *op. cit.* nota 45, p. 156.

función de cuál era el lugar de residencia habitual del menor “inmediatamente antes” de su traslado o retención, a lo que se suman la movilidad y volatilidad⁶³ de la residencia habitual. Se ha estimado que habría sido conveniente introducir un concepto autónomo de residencia habitual para evitar dudas de interpretación frente a las calificaciones divergentes de los sistemas jurídicos de los países con los cuales el caso esté conectado⁶⁴.

Excepcionalmente, cuando existan razones de urgencia, se abre la posibilidad de recurrir a foros alternativos. No se ha definido qué se entiende por urgencia a los efectos de la convención. Es cierto que la totalidad de los casos de sustracción de menores, por su intrínseca gravedad, pueden ser urgentes y requieren de respuestas inmediatas⁶⁵. No obstante, si bien tal omisión puede ser vista como un inconveniente, ya que se parte de la urgencia para habilitar la opción a favor de foros alternativos, opción cuya instauración se propone evitar una eventual denegación internacional de justicia, desde otro punto de vista, podría estimarse más adecuado que la urgencia, en tanto concepto jurídico indeterminado, sea definida ajustándose a cada caso concreto⁶⁶. Pensamos que no sería desdeñable contar al menos con alguna guía para interpretar la “urgencia”, sin perjuicio de que ante cada solicitud recibida, la autoridad evaluara si el caso particular constituye o no un supuesto urgente.

La convención contiene asimismo una norma de competencia internacional (artículo 21) para la solicitud cuyo objeto es hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares, que simplemente remite al artículo 6. Por consiguiente, la solicitud para hacer respetar el ejercicio del derecho de visita puede ser presentada ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte de residencia habitual del menor. Es pertinente tener en cuenta que los foros alternativos también se abren en casos de urgencia en materia de derechos de visita.

Para lograr los objetivos fijados en el artículo 1, la convención interamericana diseña un mecanismo de cooperación internacional entre autoridades, cuyo funcionamiento abordaremos con mayor detenimiento en la segunda parte de este trabajo. Aquí nos limitaremos a comentarlo a grandes rasgos.

Se instaure la figura de la Autoridad Central, y cada Estado Parte designará una (artículo 7). Se regula un procedimiento específico para la restitución del menor sustraído o retenido ilegalmente (artículos 8 a 17) y otro para su localización (artículos 18 a 20), necesaria para poder realizar la restitución. En cuanto al ejercicio del derecho de visita, se aplicará el mismo procedimiento que se ha previsto para la restitución del menor (artículo 6, *in fine*). La existencia de procesos especiales de carácter supranacional constituye un rasgo saliente de la convención interamericana sobre restitución de menores y “marca el punto de partida hacia un futuro *Derecho Procesal Americano*”⁶⁷.

Los referidos procedimientos tienden a satisfacer el interés superior del menor, que se concreta en los objetivos de “asegurar la pronta restitución” del niño, niña o adolescente al lugar donde tiene su residencia habitual, y de “hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de

⁶³ Rodríguez Jiménez, S., *op. cit.* nota 29, p. 188.

⁶⁴ González Martín, N., *op. cit.* nota 7, p. 213. En el mismo sentido, Dreyzin de Klor, A., *op. cit.* nota 44, p. 46.

⁶⁵ Ver, en este sentido, Rubaja, N., *op. cit.* nota 54, p. 18.

⁶⁶ González Martín, N., *op. cit.* nota 7, p. 212. La autora se pregunta si la urgencia podría deberse a “razones de salud, o necesidad de permiso de internación o simplemente (a que) el menor necesita su mantita (...) o su osito para dormir”; p. 212-213.

⁶⁷ Berraz, C., *op. cit.* nota 4, p. 35.

custodia o guarda por parte de sus titulares” (artículo 1). Cabe resaltar que aquí se materializa la máxima *solve et repete*⁶⁸: primero se debe restituir el menor al país de su residencia habitual y posteriormente se estará en condiciones de discutir y resolver la cuestión de su custodia o guarda, que es un tema de fondo⁶⁹. En efecto, la convención dispone expresamente que “La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda” (artículo 15). Si, en cambio, el objeto del procedimiento se desviara de la restitución propiamente dicha a la cuestión de fondo de a quién corresponde la custodia o guarda, el marco cognoscitivo y probatorio se extendería en el tiempo ocasionando demoras innecesarias y la autoridad que decidiera podría ser un juez con jurisdicción exorbitante, todo lo cual tendría un impacto negativo en el menor⁷⁰.

C. Convención sobre tráfico

La convención interamericana sobre tráfico internacional de menores es de vital importancia para la región, puesto que ha venido a completar el entramado convencional de protección de menores en el continente americano⁷¹. Como ya lo hemos expresado más arriba, la problemática de los desplazamientos transfronterizos de niños, niñas y adolescentes tiene varias facetas. Entre ellas encontramos la adopción, la sustracción y el tráfico. Las dos primeras, realizadas con fines o por medios ilícitos, desembocan en la figura de tráfico internacional de menores. Admitida esta posibilidad, el tráfico en particular se caracteriza por el aberrante “ánimo de lucro o de obtención de cualquier otro beneficio, para sí o para terceros”⁷² por parte de los traficantes y por las causas que alimentan el tráfico, frecuentemente vinculadas a la explotación sexual, a la producción de audiovisuales pornográficos, al trabajo infantil, así como a la venta para adopción internacional o la intermediación en la adopción internacional⁷³. Más aún, en la actualidad existen verdaderas redes de

⁶⁸ Rodríguez Jiménez, S., *op. cit.* nota 29, p. 81.

⁶⁹ Actualmente, todavía “numerosas resoluciones judiciales reflejan que los jueces asumen como propia la decisión de determinar cuál de los progenitores es el más idóneo para ejercer la tenencia, con lo que no limitan su competencia a ordenar o denegar la restitución, sino que deciden en función de la valoración que realizan sobre un tópico que compete al juez natural”. A. Dreyzin de Klor, “La influencia de la universalización de los Derechos Humanos en la sustracción internacional de niños”, in Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *op. cit.* nota 45, p. 29. Hacemos votos por que la tendencia de las autoridades del Estado requerido a inmiscuirse en temas de fondo, que deberían ser analizados y resueltos por el juez natural –el del Estado de residencia habitual del menor, que normalmente será el requirente– se vaya retrotrayendo a medida que aumenta entre los operadores jurídicos el conocimiento tanto de esta convención interamericana como del convenio de La Haya sobre sustracción. A modo de ejemplo, traemos a colación una sentencia acertada en el sentido propuesto, en la que la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina consideró que “lo que resulta decisivo es que el proceso en trámite no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los padres para ejercer la guarda o tenencia de S.”; *S. A. G. s/restitución internacional solicita restitución de la menor*, causa n° 12/03, 20 de diciembre de 2005, disponible en <http://www.csjn.gov.ar>.

⁷⁰ Rubaja, N., *op. cit.* nota 54, p. 7.

⁷¹ La convención cubre aspectos de la problemática que habían quedado sin tratar. “[J]unto con la CIDIP IV sobre Restitución Internacional de Menores, se cierra el círculo alrededor de este flagelo, al constituirse en medios idóneos de lucha contra el mismo”. Berraz, C., *op. cit.* nota 4, p. 63.

⁷² Tellechea Bergman, Eduardo, “Aproximación a la Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores de México, 1994”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, año 1, n° 1, 1994, p. 64.

⁷³ Adela Reta propone sistematizar las hipótesis de tráfico internacional de menores en dos grandes grupos: uno vinculado directamente a la adopción internacional y otro cuya ilicitud resulta de la finalidad perseguida con el traslado del menor a otro país. En este segundo grupo ubica los casos vinculados con explotación sexual, laboral y extracción de órganos o tejidos para trasplantes. Reta, A., “Aspectos penales de

organizaciones delictivas dedicadas a la venta internacional de niños y niñas, que sin reconocer fronteras se aprovechan de los menores en situación de riesgo. Esto se combina con la ausencia de un marco jurídico sólido y la debilidad institucional en los Estados⁷⁴. Pero la localización geográfica del tráfico de menores no se circunscribe únicamente a los países pobres o en vías de desarrollo: alcanza también a los países ricos o desarrollados, incluso los que “se consideran defensores a ultranza de los derechos humanos y las garantías individuales”⁷⁵, donde existe una alta demanda de niños que incentiva el incremento del tráfico.

Uno de los méritos de la convención sobre tráfico consiste en que aborda no únicamente los aspectos civiles⁷⁶ del problema, sino también los aspectos penales⁷⁷. De hecho, el objeto de la convención, “con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación e los aspectos civiles y penales del mismo” (1er párrafo del artículo 1). Y para lograrlo, los Estados Parte asumen obligaciones específicas: “a) asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior; b) instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y la sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y c) asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor” (2º párrafo del artículo 1). Aunque la convención no fija sanciones para estas conductas, los Estados Parte están obligados a generar internamente un marco normativo que lo haga y que además busque prevenir este tipo de conductas.

La convención sobre tráfico hace hincapié en el interés superior del menor que, así como en las convenciones sobre adopción y restitución, debe orientar en todo momento la aplicación de sus disposiciones. Coincide asimismo con la última de estas convenciones en la finalidad de asegurar la pronta restitución del menor al país donde tiene su residencia habitual y en la instauración de mecanismos de cooperación internacional de autoridades. Observamos que la convención interamericana sobre tráfico, además de establecer normas de cooperación, contiene reglas de competencia internacional directa de autoridades; no así de derecho aplicable.

En cuanto a la competencia internacional indirecta, sólo encontramos los artículos 23 y 26, que plantean la posibilidad de que los Estados Parte formulen ciertas declaraciones⁷⁸. El primero se refiere a la declaración de los Estados Parte de que “se reconocerán y ejecutarán las sentencias penales dictadas en otro Estado Parte en lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores”. El segundo, a la declaración de que “no se podrá

la convención interamericana sobre tráfico internacional de menores”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, año 1, nº 1, 1994, p. 83.

⁷⁴ González Martín, N., *op. cit.* nota 7, p. 254.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 252.

⁷⁶ De acuerdo con el artículo 3, “Esta Convención abarcará, asimismo, los aspectos civiles de la sustracción, el traslado y la retención ilícitos de los menores en el ámbito internacional no previstos por otras convenciones internacionales sobre la materia”. Coincidimos con Lagos en cuanto a que esta norma puede interpretarse extensivamente, incluyendo también los aspectos civiles de la tentativa de sustracción, traslado y retención ilícitos de menores. Lagos, E., “La convención interamericana sobre tráfico internacional de menores: algunos comentarios y reflexiones”, in *Liber Amicorum Opertti*, *op. cit.* nota 20, p. 318.

⁷⁷ Tal como lo señala Opertti, “no puede pues considerarse ajena a la OEA la materia penal”. Opertti Badán, D., “La CIDIP V: una visión en perspectiva”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, año 1, nº 1, 1994, p. 15.

⁷⁸ Han formulado ambas declaraciones: Argentina, Panamá y Perú.

oponer en juicio civil en ese Estado Parte excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por este delito, pronunciada en otro Estado Parte”. Dado que en general no hay consenso sobre la posibilidad de reconocer sentencias extranjeras en materia penal, es fundamental que se haya fijado “la obligación internacional de confiar y dar efectos al juzgamiento penal efectuado en otro Estado Parte en cuanto a la existencia del delito y a la responsabilidad del delincuente”⁷⁹.

El ámbito de aplicación material de la convención comprende a “cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor” (1er párrafo del artículo 2). Nótese que, a diferencia de las convenciones sobre adopción y restitución, la de tráfico añade como alternativa al requisito de residencia habitual en un Estado Parte la posibilidad de que el niño, niña o adolescente sencillamente se encuentre en un Estado Parte. No es necesaria siquiera la intención de permanecer en ese país. El solo hecho de que el menor se encuentre allí basta para fundar la aplicabilidad de la convención.

Para los efectos de la convención sobre tráfico, el término “menor” se refiere a “todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años” (inciso a, 2º párrafo del artículo 2). Entendemos que el requisito de edad debe verificarse al momento en el que haya tenido lugar el acto de tráfico internacional. Recordemos que la convención sobre adopción deja la cuestión de la edad del adoptado librada a la ley de la residencia habitual del menor, en tanto que la convención sobre restitución requiere que el menor no haya cumplido dieciséis años –interpretamos– cuando se produzcan el traslado o la retención ilegales. La diferencia de criterios seguidos por las convenciones interamericanas de protección de la infancia con respecto a la edad del menor⁸⁰ fue criticada y se sugirió que “el proceso de codificación encarado por las CIDIP debería guardar uniformidad en cuanto a las calificaciones adoptadas”⁸¹ fijando el límite etario en los dieciocho años⁸². Pensamos que una edad única contribuiría a simplificar el análisis comparativo de las convenciones interamericanas de que protegen al menor. Así y todo, creemos que no hay que perder de vista el hecho de que cada convención optó por una forma de solucionar la cuestión de la edad que corresponde a sus objetivos, ámbito de aplicación⁸³ y circunstancias particulares⁸⁴.

La convención sobre tráfico prevé una calificación autónoma de “tráfico internacional de menores”, que consiste en “la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos” (inciso b, 2º párrafo del artículo 2). Destacamos que abarca, y de manera alternativa, tres conductas o sus respectivas tentativas. Para

⁷⁹ Najurieta, M. S., “Cooperación Jurisdiccional y la Lucha contra el Tráfico Internacional de Niños”, *Revista Prudentia Juris*, Buenos Aires, mayo de 2004, n° 58, disponible en <http://www.eldial.com/home/prudentia/pru58/03.asp>.

⁸⁰ La convención sobre obligaciones alimentarias, por su parte, considera menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años (artículo 2).

⁸¹ Berraz, C., *op. cit.* nota 4, p. 56.

⁸² *Ídem.*

⁸³ Tellechea Bergman explica que en la convención sobre tráfico se prefirió la edad de dieciocho años en lugar de la de dieciséis que se eligió en la convención sobre restitución, “en razón de la mayor gravedad de la situación atendida, tráfico internacional de menores, frente a simples traslados o retenciones protagonizados por uno de los padres del niño u otro pariente cercano a los mismos”. Tellechea Bergman, E., *op. cit.* nota 72, p. 71.

⁸⁴ Al hablar de “circunstancias particulares” nos referimos, por ejemplo, a las diferencias en los sistemas nacionales de derecho privado para resolver el tema de la edad que puede tener el adoptado. Esta diversidad puede explicar que la convención sobre adopción haya delegado la cuestión al derecho del Estado Parte donde el menor reside habitualmente.

terminar de aprehender el contenido del tráfico internacional de menores, veamos algunos propósitos y medios ilícitos que, entre otros, conducirán a que la sustracción, el traslado o la retención –o sus tentativas– encuadren dentro de esta figura. La misma norma indica que los “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 hallare localizado” (inciso c, 2º párrafo del artículo 2). En lo que concierne a los “medios ilícitos”, éstos “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” (inciso d, 2º párrafo del artículo 2).

Los Estados Parte no pueden desconocer los propósitos y medios ilícitos previstos en los incisos c y d del 2º párrafo del artículo 2 de la convención⁸⁵. Pero no se trata de enumeraciones cerradas. Tienen valor ejemplificativo y en ambos casos se ha tenido la precaución de dejar la puerta abierta, al incluir las expresiones “entre otros” y “cualquier otro” propósito o medio. Esto resulta muy positivo porque permite que los nuevos fines y modalidades delictivos que vayan surgiendo para perpetrar el tráfico de menores, queden comprendidos en el ámbito de aplicación de la convención sin que sea necesario modificar el texto convencional. Propósitos tales como la venta de órganos, el tráfico de estupefacientes⁸⁶ o la explotación sexual por internet⁸⁷, sin figurar expresamente en la norma, se entienden incluidos.

La convención es aplicable entre los países que la han ratificado o se han adherido a ella⁸⁸. Es necesario que el menor se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al momento de cometerse el acto ilícito en su contra. Sin embargo, no es indispensable que todos los Estados con los que el ilícito está conectado –el de origen, el de destino y/o el de tránsito del menor– sean Estados Parte⁸⁹. Para prevenir y perseguir el tráfico internacional de niños, niñas y adolescentes, y protegerlos de manera más efectiva teniendo como norte su interés superior, se ha establecido que, en la medida de lo posible, los Estados Parte “cooperarán con los Estados no Parte en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito” (1er párrafo del artículo 4).

En lo que concierne a su ámbito de aplicación temporal, esta convención –que es irretroactiva y regirá indefinidamente– entró en vigor el 15 de agosto de 1997, el trigésimo día a partir de la fecha en que fue depositado el segundo instrumento de ratificación. Siguiendo el mismo criterio, para cada Estado que la ratifique o se adhiera a ella en una fecha posterior, la convención entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que ese Estado deposite el correspondiente instrumento de ratificación o de adhesión (artículo 33).

⁸⁵ Lagos, E., *op. cit.* nota 76, p. 317.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 318.

⁸⁷ La convención, aunque “refleja la explotación sexual, laboral, etcétera, no atiende la explotación sexual por Internet, obviamente por el año en el que fue realizada esta Convención, 1994, en donde Internet no era un instrumento común y no se visualizaba, en toda o en parte de su extensión, la posibilidad de este tipo de explotación”. González Martín, N., *op. cit.* nota 7, p. 254.

⁸⁸ Ver *supra*, tabla de Estados Parte. México, a pesar de haber sido anfitrión y entusiasta impulsor de la convención sobre tráfico e incluso de haberla firmado, no la ha ratificado. Al respecto, ver *supra*, nota 26.

⁸⁹ Rodríguez Jiménez, S., *op. cit.* nota 29, p. 223.

El régimen de la convención en materia de competencia internacional de autoridades distingue según que se trate de aspectos penales o de aspectos civiles del tráfico internacional de menores. Para los aspectos penales se establecen cuatro foros alternativos que se encuentran en un mismo nivel, sin orden jerárquico entre ellos⁹⁰, de los cuales tendrá preferencia el “que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito” (2º párrafo del artículo 9). Los referidos foros alternativos son: “a) el Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita; b) el Estado Parte de residencia habitual del menor; c) el Estado Parte en el que hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado, y d) el Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico” (1er párrafo del artículo 9). Con este amplio abanico de foros se trata de evitar una denegación internacional de justicia y, de esa forma, proteger al niño, niña o adolescente que ha sido víctima del hecho ilícito.

En cuanto a los aspectos civiles del tráfico, “Serán competentes para conocer de la solicitud de localización y de restitución, a opción de los reclamantes⁹¹, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte de residencia habitual del menor, o las del Estado Parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido” (1er párrafo del artículo 13). “Cuando existan razones de urgencia a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito” (2º párrafo del artículo 13). Para los aspectos civiles también se ha fijado un sistema amplio que previene la denegación internacional de justicia y, por consiguiente, facilita el acceso a la jurisdicción⁹².

A efectos de lograr los objetivos fijados en el artículo 1, la convención diseña mecanismos de cooperación internacional entre autoridades en materia penal y en materia civil, cuyo funcionamiento abordaremos en la segunda parte de este trabajo. El instrumento interamericano insta la figura de la Autoridad Central, y cada Estado Parte debe designar una (artículo 5). Adicionalmente, dispone que los Estados Parte deben procurar en todo momento que los procedimientos de aplicación de la convención permanezcan confidenciales (artículo 6). Es evidente que la intención de que todo procedimiento relativo al tráfico se mantenga en secreto está orientada a proteger el interés superior del menor. Por otro lado, entre los aspectos penales se establece que esta convención puede ser considerada como la base jurídica para conceder la extradición (artículo 10) y entre los aspectos civiles se regula un procedimiento de localización y restitución del menor (artículo 12 y siguientes).

Finalmente, dos artículos de la convención sobre tráfico merecen ser puestos en relieve. En primer lugar, el artículo 18, de conformidad con el cual las adopciones constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. En concordancia con la convención sobre adopción, se añade que las autoridades competentes⁹³ para

⁹⁰ Compárese con el artículo 6 de la convención interamericana sobre restitución y/o con el artículo 13, para aspectos civiles, de la convención sobre tráfico.

⁹¹ En virtud del artículo 12, la determinación de los sujetos a quienes corresponde la legitimación activa para solicitar la localización y restitución en el marco de esta convención, será realizada por el derecho del Estado de residencia habitual del menor.

⁹² Berraz, C., *op. cit.* nota 4, p. 60.

⁹³ En la convención sobre adopción, la competencia para anular una adopción corresponde a los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción (artículo 16), y la competencia para otorgar la adopción, a las autoridades del Estado de residencia habitual del adoptado (artículo 15).

la acción de anulación y la ley aplicable⁹⁴ a la misma, serán las del Estado de constitución de la adopción, y que se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor⁹⁵. Se pretende atacar las adopciones vinculadas con el tráfico de menores y, a la vez, proteger las adopciones internacionales genuinas. El segundo de los artículos aludidos es el 19. Esta norma establece que la guarda o custodia serán susceptibles de revocación cuando tuvieren su origen o fin en el tráfico internacional de menores, en las mismas condiciones previstas en el artículo 18. Esta remisión significa que las autoridades competentes y la ley aplicable para revocar la guarda o custodia serán las del Estado de otorgamiento, y que el interés superior del menor deberá presidir el procedimiento de revocación. La convención sobre restitución no lo establece directamente; pero puede inferirse que las autoridades y la ley en cuestión serán las de la residencia habitual del menor.

Consideramos que esta convención implica un avance importante que complementa el marco jurídico interamericano de protección de los menores cubriendo aspectos de la problemática del desplazamiento transfronterizo de niños, niñas y adolescentes que carecían de regulación. Resulta de especial relevancia que el tráfico internacional de menores sea abordado en forma integral⁹⁶, tanto en sus aspectos civiles como penales.

A modo de corolario de la primera parte de este trabajo, es dable afirmar que en el régimen general de cada una de las tres convenciones interamericanas analizadas –sobre adopción, restitución y tráfico–, no advertimos motivos jurídicos de una entidad tal, que por sí mismos pudieran justificar la falta de eficacia o la escasa aplicación práctica de este marco normativo regional para la protección de niños, niñas y adolescentes.

II. LA COOPERACIÓN INTERAMERICANA ENTRE AUTORIDADES

En esta sección procuraremos responder a la pregunta de si la escasa aplicación práctica de las convenciones interamericanas sobre adopción, restitución y tráfico de menores se debe no únicamente a la falta de voluntad política de los Estados del continente, sino también a la manera en la que tales instrumentos regulan la cooperación internacional entre autoridades.

Como es sabido, resulta frecuente que para realizar la solución de un caso derivado del tráfico jurídico internacional, se requiera en mayor o en menor medida la asistencia de autoridades extranjeras. La cooperación jurídica internacional aparece así como uno de los sectores del Derecho Internacional Privado, junto a la jurisdicción internacional y al derecho aplicable. La cooperación jurídica internacional comprende tanto la colaboración anterior al proceso y durante el mismo, como el reconocimiento y la ejecución de decisiones emanadas de autoridades extranjeras. Es en el contexto de la cooperación jurídica internacional donde se ubica la cooperación internacional entre autoridades. Enfocándose en la problemática transfronteriza de los menores, se ha advertido que la cooperación internacional entre autoridades “se convierte en una de las mejores técnicas de

⁹⁴ De acuerdo con el artículo 14 de la convención sobre adopción, la anulación de la adopción se registrará por la ley de su otorgamiento.

⁹⁵ En la convención sobre adopción se establece expresamente que la anulación sólo será decretada judicialmente, velándose por los intereses del menor (2ª frase del artículo 14). Y se hace una remisión al artículo 19, relativo a la interpretación armónica de la convención, a favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado.

⁹⁶ Lagos, E., *op. cit.* nota 76, p. 328.

protección para la niñez”⁹⁷ e inclusive en “un cuarto pilar del sector constitutivo del concepto del DIPr, al menos en la regulación de situaciones jurídicas privadas que incumben al menor o a la familia”⁹⁸.

La cooperación internacional entre autoridades se plasma en normas convencionales con un marcado tinte pragmático o utilitario que, por un lado, persiguen la satisfacción de un fin concreto – por ejemplo, la pronta restitución del menor o la prevención y sanción del tráfico internacional de niños– y, adicionalmente, pretenden alcanzarlo empleando en gran medida como vía el compromiso o el acuerdo entre los Estados Parte⁹⁹. Los tratados internacionales pragmáticos se caracterizan por desplazar el centro de gravedad, del conflicto de leyes al conflicto de autoridades¹⁰⁰. Ese desplazamiento puede apreciarse al comparar en términos generales el contenido de la convención interamericana sobre adopción, con el de las convenciones interamericanas sobre restitución y sobre tráfico de menores: la primera comprende¹⁰¹ detalladas reglas de conflictos de leyes; las dos últimas, en cambio, regulan principalmente mecanismos de cooperación internacional entre autoridades de diferentes Estados Parte para la localización y restitución del menor o para prevenir y sancionar el tráfico de menores.

Las responsables de la puesta en marcha de la cooperación internacional entre autoridades son las autoridades judiciales o autoridades administrativas y las Autoridades Centrales de los Estados. De manera que al hablar de cooperación jurídica internacional consideramos comprendidas la cooperación judicial internacional –o cooperación internacional entre autoridades judiciales–, así como la cooperación internacional entre autoridades administrativas¹⁰² y la cooperación internacional entre Autoridades Centrales. Ahora bien, nótese que más allá de las tradicionales normas de competencia internacional indirecta, en la actualidad van surgiendo –con el apoyo de foros de codificación como la Conferencia de La Haya o la misma OEA– nuevos mecanismos flexibles de cooperación internacional entre autoridades¹⁰³, tales como la conformación de grupos o comisiones especiales para el estudio de ciertos temas¹⁰⁴ o la integración de redes que enlacen entre sí a las autoridades nacionales implicadas en la solución de casos internacionales¹⁰⁵ que propician las

⁹⁷ González Martín, N., “La cooperación internacional entre autoridades en el Convenio de La Haya de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, a propósito de la Comisión Especial de 2010”, in Fresno de Aguirre, C. (coord.), *op. cit.* nota 2, p. 196-197.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 211.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 200.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 211.

¹⁰¹ Si bien, y a pesar de su título, no en forma exclusiva.

¹⁰² Corresponde al derecho de fuente interna de cada Estado Parte el asignar funciones de cooperación en materia de protección internacional de la infancia, a autoridades judiciales o a autoridades administrativas.

¹⁰³ Villalta Vizcarra, A. E., “La utilización de mecanismos de cooperación internacional de autoridades”, in Fresno de Aguirre, C. (coord.), *op. cit.* nota 2, p. 87-100.

¹⁰⁴ Por ejemplo, las REMJA (Reuniones de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas) en el continente americano, bajo los auspicios de la OEA. Justamente de la REMJA VIII surgió la creación de la Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en Materia de Derecho de Familia y Niñez.

¹⁰⁵ La Red internacional de jueces de La Haya o la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial (IberRed).

comunicaciones judiciales directas¹⁰⁶, y la elaboración de guías de buenas prácticas, de recomendaciones y hasta de leyes modelo¹⁰⁷.

La cooperación internacional entre autoridades reviste una importancia esencial tanto para la prevención y el combate del tráfico, la implementación de la localización y restitución de menores, como para la constitución de adopciones que beneficien al adoptado.

A continuación analizaremos normas de las convenciones sobre adopción, restitución y tráfico que aluden a cuestiones de colaboración interamericana entre autoridades. En el ámbito regional, de las tres convenciones objeto de este trabajo, hay una –la de adopción– que no ha previsto la obligación de los Estados Parte de designar Autoridad Central. Justamente, se trata del instrumento normativo más antiguo, cuyo centro de gravedad no es especialmente la cooperación entre autoridades. En este aspecto la convención interamericana sobre adopción difiere del convenio de La Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción, cuyo artículo 6 dispone que cada Estado Parte designe una Autoridad Central que estará encargada de cumplir las obligaciones que le son impuestas por el convenio.

A. Cooperación interamericana en materia de adopción

Como ya lo adelantamos, la convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores no incorporó mecanismos de cooperación internacional entre autoridades tan intensos como los que contempla el convenio de La Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción de 1993, ni las convenciones sobre restitución y tráfico de menores que vieron la luz en el foro interamericano luego de la CIDIP III de 1984.

Ahora bien, veremos que en realidad la cooperación internacional entre autoridades no está ausente de nuestra convención regional sobre adopción. En efecto, el artículo 8 contempla la posible colaboración entre la autoridad otorgante de la adopción –que será la de la residencia habitual del adoptado (artículo 15)– y la institución acreditante –localizada en el país donde tenga su domicilio el adoptante– de la aptitud física, moral, psicológica y económica del adoptante. Hablamos de “posible” colaboración, ya que la norma dispone que en las adopciones regidas por esta Convención las autoridades que otorgaren la adopción “podrán exigir” que el adoptante acredite su aptitud o idoneidad para ser adoptante. Esto sólo se presenta como una facultad de la autoridad que analiza el otorgamiento de la adopción.

Cuando la autoridad otorgante ejerce dicha facultad de exigir la acreditación de aptitud aspirante a adoptante, tendrá como contraparte a la institución acreditante extranjera. Pero la institución que expedirá tal acreditación no puede ser cualquier institución del Estado del domicilio del aspirante. Ha de tratarse de una institución –ya sea pública o privada– cuya finalidad específica se

¹⁰⁶ Tenorio Godínez, L., “Las comunicaciones judiciales en la restitución internacional de la niñez”, in Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *op. cit.* nota 45, p. 313-348.

¹⁰⁷ Como la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, discutida y aprobada en Buenos Aires, del 19 al 21 de septiembre de 2007, por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. Para un comentario de este instrumento de *soft law*, ver Pérez Manrique, R. C., “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, in Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *op. cit.* nota 45, p. 190-217.

relacione con la protección del menor. Y además debe estar expresamente autorizada por algún Estado¹⁰⁸ u organismo internacional.

Con la expedición de la acreditación y su recepción por la autoridad otorgante finaliza lo que podríamos identificar como primera fase de la cooperación. Posteriormente, una vez otorgada la adopción y comunicada la constitución del vínculo adoptivo a la institución acreditante, hay una segunda fase de seguimiento. El seguimiento de la adopción deberá hacerlo la institución acreditante durante un año, y tiene el compromiso de mantener informada a la autoridad que otorgó la adopción acerca de las condiciones en las que ésta se ha desarrollado. La segunda fase no debe ser descuidada, so pretexto de que ya ha sido otorgada la adopción. Ese seguimiento es trascendental para verificar que la nueva relación de filiación adoptiva se desarrolla normalmente y en beneficio del adoptado. Y en el supuesto de que los resultados del control fueren negativos, se debe proceder en consecuencia, para salvaguardar en todo momento el interés superior del menor.

B. Cooperación interamericana en materia de restitución

La convención interamericana sobre restitución establece un mecanismo de cooperación cuya puesta en marcha es fundamental para que se pueda llevar a cabo el fin perseguido: la pronta restitución del menor al Estado Parte de su residencia habitual. Buscando proteger el interés superior del niño, niña o adolescente y hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares, los redactores de la convención previeron mecanismos que tienden a mejorar la comunicación entre las autoridades de los Estados Parte que intervienen en el proceso.

En esta línea, se instaura la figura de la Autoridad Central (artículo 7), figura clave en instrumentos de cooperación jurídica internacional, cuya presencia deviene fundamental para poder lograr los objetivos trazados¹⁰⁹. Cada Estado Parte designará una Autoridad Central y comunicará la designación a la Secretaría General de la OEA. Aquí nos enfrentamos con un obstáculo a la cooperación que muestra falta de voluntad política de algunos Estados: hay Estados Parte¹¹⁰ que todavía no han indicado cuál será su Autoridad Central.

Las actividades de todas las Autoridades Centrales en el marco de esta convención, serán coordinadas por el Instituto Interamericano del Niño, que también tendrá atribuciones para recibir y evaluar información enviada por los Estados Parte acerca de la aplicación de la convención y, adicionalmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperar con otros organismos internacionales dedicados a la protección de la infancia (artículo 27). De acuerdo con este esquema, el Instituto Interamericano del Niño aglutina y puede orientar las prácticas de auxilio internacional entre Autoridades Centrales, y concentra las inquietudes de los Estados relativas a la *mise en œuvre* de la convención.

Las Autoridades Centrales deberán cumplir todas las obligaciones que les establece la convención, para lo cual cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la convención, siempre con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los demás

¹⁰⁸ Entendemos que el Estado autorizante será el del lugar donde la institución se localiza que será, además, el país del domicilio del probable adoptante.

¹⁰⁹ Seoane de Chiodi, M. del C., “Capítulo noveno. Autoridades Centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, in Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *op. cit.* nota 45, p. 157.

¹¹⁰ Es el caso de Belice y Costa Rica.

objetivos convencionales. En especial, deben cumplir la obligación de colaborar con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor, y con la de llevar a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento¹¹¹. Las comunicaciones entre el Estado requirente y el Estado requerido pueden llevarse a cabo por intermedio de las respectivas Autoridades Centrales, con la ventaja no sólo de una mayor celeridad sino también de que la documentación transmitida por esta vía no requerirá legalización¹¹².

Luego, a lo largo de los procedimientos de localización –cuando ésta sea necesaria por no conocerse el lugar donde el niño, niña o adolescente se encuentra– y de restitución del menor, así como durante el procedimiento que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita, las Autoridades Centrales y las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Parte requirente y requerido deberán colaborar de manera estrecha. Veamos cómo debe funcionar esta cooperación.

El artículo 14 establece un plazo de un año para iniciar los procedimientos previstos en la convención. El plazo se computa desde la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido¹¹³ ilegalmente o, en caso de paradero desconocido, a partir del momento en que la localización se haya producido. De manera excepcional, se puede acceder a la solicitud de restitución presentada luego de vencido el plazo de un año¹¹⁴ cuando a criterio de la autoridad lo justifiquen las circunstancias concretas del caso.

Cuando las autoridades –central, judiciales, administrativas– de un Estado Parte solicitaran a las de otro Estado Parte la localización de un menor con residencia habitual en el primero y que presuntamente se encuentra en forma ilegal en el territorio del segundo, las autoridades del Estado requerido deberán adoptar inmediatamente todas las medidas conducentes para asegurar la salud y evitar el ocultamiento o el traslado del menor a otra jurisdicción y, cuando se produzca la localización, lo comunicarán a las autoridades del Estado requirente (artículos 18 y 19).

Al recibir una solicitud de restitución de un menor que se encuentra en su territorio, las autoridades –central, judiciales, administrativas– del Estado requerido deben tomar todas las medidas que resulten adecuadas para lograr la devolución voluntaria del menor (1er párrafo del artículo 10). Si no fuere posible obtener la devolución voluntaria, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional, y procederán sin demora a la restitución. (2º párrafo del artículo 10). Tanto en el caso de devolución voluntaria como

¹¹¹ Estas obligaciones de las Autoridades Centrales están previstas en el artículo 7.

¹¹² El artículo 9 relativo a la solicitud de restitución y sus requisitos dispone, en el párrafo 4º: “Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañen no requieren de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central”.

¹¹³ Para el caso de retención ilegal, se ha aclarado que “El plazo comienza a correr desde la fecha en que debía ser devuelto el niño al titular de la custodia, o cuando este último negó el consentimiento a una extensión de la estadía del menor en un lugar diferente al de su residencia habitual”. Tagle de Ferreyra, G., “Capítulo Décimo Primero. Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo”, in Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *op. cit.* nota 45, p. 221.

¹¹⁴ En este supuesto la obligación de restituir no es inmediata, sino que hay que analizar cómo se encuentra el niño en el nuevo entorno.

en el de devolución no voluntaria, las autoridades del Estado requerido están colaborando con las autoridades del Estado requirente para lograr el objetivo de la restitución.

Sin embargo, la convención prevé algunos supuestos en los que, excepcionalmente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución. Son supuestos en los que se valora que el interés superior del menor no implica su devolución al país donde residía habitualmente antes del traslado o la retención. Por eso, estimamos que el hecho de que se deniegue la restitución solicitada no ha de ser interpretado como una ausencia de cooperación entre autoridades. Las causales de denegación de la restitución del menor, “taxativas y de interpretación restrictiva”¹¹⁵, son las siguientes:

1. Que quien se opone a la restitución demuestre que los titulares de la solicitud de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o bien hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención (inciso a. del 1er párrafo del artículo 11)¹¹⁶;
2. Que quien se opone a la restitución demuestre la existencia de un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico (inciso b. del primer párrafo del artículo 11)¹¹⁷;
3. Que la autoridad exhortada compruebe que el menor se opone a regresar y a juicio de tal autoridad, la edad y madurez del menor justificasen tomar en cuenta su opinión (2º párrafo del artículo 11)¹¹⁸;
4. Que la autoridad exhortada considere que la restitución es manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido, consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño (artículo 25)¹¹⁹.

¹¹⁵ Tagle de Ferreyra, G., *op. cit.* nota 113, p. 223.

¹¹⁶ Aquí “se trata de situaciones en las que, o las condiciones previas al traslado no comportaban alguno de los elementos esenciales de las relaciones que el Convenio pretende proteger (el del ejercicio efectivo de la custodia), o el comportamiento posterior del progenitor desposeído muestra una aceptación de la nueva situación creada, lo que la hace más difícilmente impugnabile”. *Informe Explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera*, relativo al Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, n° 28, disponible en <http://www.hcch.net/upload/exp128s.pdf>.

¹¹⁷ En el caso *S. A. G.* referido *supra*, nota 69, se dispuso que para que esta causal de oposición al reclamo restitutorio sea operativa “requiere que el niño presente un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva en un menor ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Es decir, que debe tratarse de una situación extrema que excede los parámetros normales del trauma o padecimiento que eventualmente puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o de desarticulación de su grupo convivencial”.

¹¹⁸ El derecho de audiencia concedido al menor y la consideración de su opinión no implican en modo alguno que la oposición y los motivos formulados por el niño, niña o adolescente sean vinculantes para la autoridad exhortada.

¹¹⁹ Esta excepción es de carácter extraordinario. Miralles Sangro ve en esta norma una forma encubierta de excepción de orden público, con similares efectos, y hace votos por que cada vez la excepción de orden público tenga menos fuerza, como consecuencia de la universalización de los derechos humanos. Miralles Sangro, P.-P., “Algunos inconvenientes jurídico-políticos a superar para lograr la eficacia de los convenios internacionales contra el ‘secuestro’ internacional de menores”, ponencia presentada en la *Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores por parte de uno de sus padres*, 12 y 13 de

5. Que, en una solicitud de restitución presentada extemporáneamente, luego del plazo de un año, se demostrare que el menor ya se ha integrado a su nuevo entorno (artículo 14)¹²⁰.

Se ha de tener siempre presente que “Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento” (artículo 17).

Consideramos que de manera general, el diseño de la cooperación interamericana entre autoridades en el ámbito de la convención sobre restitución responde adecuadamente las necesidades de la problemática de la sustracción internacional de menores. Las normas que regulan la cooperación tienen un grado de flexibilidad suficiente para, dentro de cierto marco delimitado por los objetivos de la convención, permitir que las autoridades, y en especial las Autoridades Centrales, tomen la iniciativa de mejorar la colaboración y acelerar el flujo de información entre el Estado requirente y el Estado requerido. Dicho esto, estimamos recomendable que los Estados Parte regulen los procedimientos de localización y restitución en sus normas internas abreviando aún más los plazos, para lo cual deberían procurar un equilibrio entre el interés en obtener la pronta restitución y el derecho del progenitor sustractor a oponerse a la solicitud de restitución y arrimar al proceso las pruebas que considere pertinentes. Creemos que ese equilibrio puede alcanzarse tomando como brújula al modificar la legislación interna, la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños de 2007.

C. Cooperación interamericana en materia de tráfico

La convención interamericana sobre tráfico internacional de menores hace de la cooperación jurídica entre los Estados Parte uno de sus ejes fundamentales. Frente al avance de redes internacionales dedicadas al tráfico internacional de infantes, la prevención, la persecución y la sanción de este delito sólo pueden abordarse con expectativas de éxito, con un enfoque global. Reconociendo esta realidad, ya desde el artículo 1 de la convención sobre tráfico se establece que los Estados Parte se obligan a instaurar entre ellos un sistema de cooperación jurídica que consagre la prevención y sanción del tráfico de menores, así como a adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con este propósito (inciso b) del 1er párrafo del artículo 1). Observamos que más allá de la cooperación instrumental que se requiera para aplicar la convención, los Estados se comprometen a introducir en sus normas jurídicas de fuente interna los cambios que resulten necesarios para prevenir y sancionar de manera efectiva este flagelo. En su accionar, las autoridades de los Estados Parte deben velar por el interés del menor y procurar que los procedimientos de aplicación de la convención permanezcan confidenciales (artículo 6). Vale decir que la prevalencia del interés superior del niño, niña o adolescente víctima de tráfico internacional debe guiar la intervención de las autoridades de los países involucrados en cada caso específico.

El ineludible enfoque global del problema se ve reflejado también en el artículo 4 de la convención interamericana que establece para los Estados Parte la obligación de cooperar –en la medida de lo posible– con los Estados no Parte en la prevención y sanción del tráfico y en la

agosto de 2002, Montevideo, Uruguay, Organización de Estados Americanos / Instituto Interamericano del Niño, SIM/doc. 10/02, disponible en http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Ponencia_Pedro_Pablo_Miralles_Sangro.pdf, p. 10-11, n° 14-15.

¹²⁰ La “demostración de que sea en interés del menor preservar el *status quo* (es una) acreditación que (...) está en cabeza del sustractor”. Tagle de Ferreyra, G., *op. cit.* nota 113, p. 222.

protección y cuidado de las víctimas del mismo¹²¹. También se fija el deber de las autoridades de los Estados Parte, de notificar a sus pares de los Estados no Parte, cuando en su territorio se encuentre un menor que ha sido víctima del tráfico internacional de menores en un Estado Parte.

Al igual que la convención sobre restitución, la convención sobre tráfico instauro la figura de la Autoridad Central, cuya designación debe ser realizada por cada Estado Parte y comunicada a la Secretaría General de la OEA (artículo 5)¹²². Nuevamente nos enfrentamos con el obstáculo de la falta de voluntad política de algunos Estados, que a la fecha no han designado Autoridad Central¹²³.

Hemos visto que la convención sobre tráfico abarca aspectos penales y aspectos civiles. Para cada uno de ellos regula mecanismos de cooperación.

En lo atinente a los aspectos penales del tráfico internacional de menores es necesario poner de relieve la importancia del artículo 8, en virtud del cual los Estados Parte asumen una serie de compromisos vinculados con la cooperación. En efecto, se comprometen a:

- “Prestarse asistencia mutua en forma pronta y expedita por intermedio de sus Autoridades Centrales, dentro de los límites de la ley interna de cada Estado Parte y conforme a los tratados internacionales aplicables, para las diligencias judiciales y administrativas, la obtención de pruebas y demás actos procesales que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos de esta Convención” (inciso a);
- “Establecer por medio de sus Autoridades Centrales mecanismos de intercambio de información sobre legislación nacional, jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional de menores en sus respectivos Estados” (inciso b); y
- “Disponer las medidas que sean necesarias para remover los obstáculos que puedan afectar en ellos la aplicación de esta Convención en sus respectivos Estados” (inciso c).

Cuando los Estados Parte con los que un caso de tráfico internacional se vincula no supeditan la extradición a la existencia de un tratado internacional, están obligados a reconocer el tráfico internacional de menores como causal de extradición entre ellos, y las demás condiciones para que la extradición proceda se regirán por el derecho interno del Estado requerido (párrafos 2° y 3° del artículo 10). Si, en cambio, un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición proveniente de un Estado Parte con el cual no ha celebrado tratado, puede considerar la convención interamericana como base jurídica para concederla (1er párrafo del artículo 10).

¹²¹ Observa Berraz que “se consagra un sistema que se proyecta más allá del ámbito estricto de la Convención, que pretende ser universal en la medida de un actuar recíproco con los Estados no Parte, referido a la lucha contra las actividades mencionadas, su prevención y la protección y el cuidado de las víctimas”. Berraz, C., *op. cit.* nota 4, p. 57.

¹²² El artículo 5 contempla también la posibilidad de que un Estado Federal, o un Estado en el que estén en vigor diversos sistemas jurídicos, o un Estado con unidades territoriales autónomas, designe más de una Autoridad Central especificando la extensión jurídica o territorial de las funciones de cada una. El Estado que haga uso de esta facultad debe designar la Autoridad Central a la que puede dirigirse toda comunicación.

¹²³ Es el caso de Belice, Costa Rica, Panamá, Paraguay y Perú, lo que implica prácticamente el cuarenta por ciento de los Estados Parte de la convención.

El engarce entre la cooperación penal y la cooperación civil reguladas por esta convención lo hallamos en el artículo 11, según el cual los procedimientos penales relativos al tráfico internacional de menores no impiden que, considerando siempre el interés superior del menor, las autoridades del Estado Parte donde el menor se encuentra ordenen, en cualquier momento, su restitución inmediata al Estado donde residía habitualmente antes de ser víctima del hecho ilícito.

En lo atinente a los aspectos civiles del tráfico internacional de menores, se establece que “De conformidad con los objetivos de esta Convención, las Autoridades Centrales de los Estados Parte intercambiarán información y colaborarán con sus autoridades competentes judiciales y administrativas en todo lo relativo al control de la salida y entrada de menores a su territorio” (artículo 17). La información relativa al control del ingreso y el egreso de menores, del territorio de uno u otro Estado, debe fluir en todo momento. Además se ha incluido una norma que admite y alienta el seguimiento por los Estados Parte de prácticas más favorables que las establecidas en la convención¹²⁴. En este sentido, también se ha previsto que “Las autoridades competentes de las zonas fronterizas de los Estados Parte podrán acordar, directamente y en cualquier momento, procedimientos de localización y restitución más expeditos que los previstos en la presente Convención y sin perjuicio de ésta” (1er párrafo del artículo 27).

Para la localización y la restitución de menores, que pueden tramitarse por intermedio de las Autoridades Centrales o directamente ante las autoridades competentes, las autoridades requeridas tienen la obligación de acordar los procedimientos más expeditos para hacerla efectiva. Y una vez recibida la respectiva solicitud, las autoridades del Estado requerido deben disponer las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y restitución del menor (1° y 2° párrafos del artículo 14).

Cabe notar que los plazos para presentar la solicitud de localización y de restitución son más breves que los de la convención sobre restitución: ciento veinte días contados a partir del momento en que se conoció la sustracción el traslado o la retención ilícitos. Pero cuando la solicitud es promovida por un Estado Parte, el plazo se amplía a ciento ochenta días. Si previamente fuere necesario proceder a la localización del menor, los plazos se computarán a partir del momento en el que la localización fuere del conocimiento de los titulares de la acción (3er y 4° párrafos del artículo 14).

Finalmente, se dispone que la legalización de solicitudes de cooperación no será necesaria cuando éstas sean transmitidas por vía consular o diplomática o por intermedio de las Autoridades Centrales o cuando sean cursadas directamente entre tribunales de la zona fronteriza de los Estados Parte (artículo 15) y que, cuando un Estado Parte detecte en su territorio la presencia de un menor víctima de tráfico internacional, deberá adoptar las medidas inmediatas necesarias para su

¹²⁴ Artículo 27, 2° párrafo: “Nada de lo dispuesto en esta Convención se interpretará en el sentido de restringir las prácticas más favorables que entre sí pudieran observar las autoridades competentes de los Estados Parte para los propósitos tratados en ella”.

protección¹²⁵ y comunicarlas por medio de las Autoridades Centrales a las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del menor (artículo 16)¹²⁶.

Estimamos que el diseño de la cooperación interamericana entre autoridades en el ámbito de la convención sobre tráfico internacional de menores responde de manera acertada a la compleja trama de la realidad del tráfico. Las normas que regulan la cooperación son más detalladas que las de la convención sobre restitución pero aún así conservan un grado de flexibilidad suficiente para, dentro de cierto marco delimitado por los objetivos de la convención, permitir que las autoridades judiciales, administrativas y las Autoridades Centrales, tomen la iniciativa de mejorar la colaboración y acelerar el flujo de información entre Estados. Rescatamos como muy positivo el hecho de que se haya previsto el involucramiento no sólo de los Poderes Ejecutivo y Judicial sino también Legislativo de los Estados Parte en la cooperación interamericana relativa al tráfico internacional de menores. También vale la pena subrayar el criterio de apertura que implica haber permitido expresamente la cooperación con Estados no Parte de la convención. Entendemos que su previsión en el instrumento interamericano es prueba de la voluntad genuina de quienes lo elaboraron, de prevenir y sancionar en forma efectiva el tráfico internacional de menores.

A modo de corolario de la segunda parte de este trabajo que hemos dedicado a los mecanismos de la cooperación interamericana entre autoridades, podemos afirmar que si bien tal cooperación está presente en la convención sobre adopción, se le confiere mayor importancia en las convenciones sobre restitución y tráfico que son pragmáticas, construidas en torno a objetivos que serían meras utopías si no hubiera como soporte una trama de autoridades nacionales de diversos Estados Parte cooperando entre sí. Refiriéndonos estrictamente a los mecanismos de cooperación previstos en las convenciones, es dable afirmar que la convergencia de la cooperación interamericana entre autoridades se da en mayor medida, o es más intensa, en materia de restitución y tráfico de menores, cuyos lineamientos generales son coincidentes, si bien en su diseño la convención sobre tráfico ha sido un poco más detallista y comprende también aspectos penales. Observamos además que esta última convención, por la calificación autónoma de tráfico ilícito que contiene, presenta espacios de intersección con las otras dos convenciones, espacios en los que las autoridades intervinientes habrán de colaborar entre sí.

Dicho esto, pensamos que si los mecanismos de cooperación no funcionan en la práctica como desearíamos, ello se debe principalmente a la falta de voluntad política de los Estados. El diseño convencional de los mecanismos de cooperación es lo suficientemente flexible como para adaptarse a las necesidades de una problemática jurídica gravísima y que demanda soluciones expeditas. Por consiguiente, no advertimos en la forma en que convergen las convenciones en cuanto a cooperación entre autoridades otro motivo susceptible de provocar la falta de eficacia o la escasa aplicación práctica del marco jurídico interamericano para la protección de la niñez.

¹²⁵ Se trata de la adopción de medidas preventivas o urgentes y las autoridades deberán actuar de oficio. Berraz, C., *op. cit.* nota 4, p. 61.

¹²⁶ Según la interpretación realizada por una autora, este artículo se orienta sobre todo al requerimiento y operación de información *a posteriori*, y lo opone a los artículos 8, b) y 17 que implicarían un intercambio de información *a priori*. Rodríguez Jiménez, S., *op. cit.* nota 29, p. 234-235.

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Luego de haber analizado el marco jurídico interamericano para la protección internacional de menores en materia de adopción internacional, restitución internacional y tráfico internacional de menores, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Es muy valioso que los Estados del continente americano hayan elaborado, en el foro regional de la CIDIP, las convenciones interamericanas sobre adopción, restitución y tráfico de menores.
2. El contenido general de estas convenciones resulta apropiado para abordar diversas facetas de la problemática del desplazamiento transfronterizo de niños, niñas y adolescentes en nuestro continente.
3. La protección del menor y de su interés superior debe orientar en todo momento la aplicación de las convenciones.
4. Si bien la cooperación internacional entre autoridades está presente en la convención sobre adopción, se le confiere mayor importancia en las convenciones sobre restitución y tráfico que son pragmáticas.
5. La convergencia de la cooperación interamericana entre autoridades logra mayor intensidad en materia de restitución y tráfico de menores.
6. Los mecanismos de cooperación interamericana instaurados por las convenciones sobre restitución y tráfico coinciden en líneas generales, si bien en su diseño la convención sobre tráfico ha sido un poco más detallista y comprende también aspectos penales.
7. La convención sobre tráfico internacional de menores presenta espacios de intersección con las otras dos convenciones, espacios en los que las autoridades intervinientes habrán de colaborar entre sí.
8. La escasa eficacia del marco jurídico interamericano para la protección de la niñez no se debe al contenido de las convenciones ni al diseño de los mecanismos de cooperación interamericana o a la forma en la que tales mecanismos convergen.
9. La escasa eficacia del marco jurídico interamericano para la protección de la niñez responde a motivos de orden político.
10. Algunos de los Estados del continente han demostrado no tener suficiente voluntad política para asumir compromisos regionales en cuanto a la protección de la niñez o para implementar los compromisos asumidos.

Creemos haber confirmado nuestra percepción inicial de que el problema de la escasa eficacia o aplicación práctica de las convenciones interamericanas en materia de protección de menores se debe a la falta de voluntad política de los Estados, que son reticentes a asumir compromisos internacionales firmes o cuando llegan a asumirlos no los cumplen cabalmente. Vimos que hay casos en los que se firma una convención pero la ratificación nunca se produce, y casos en

los que aún siendo Estado Parte no se da cumplimiento a la obligación primordial de designar Autoridad Central. De cara a este panorama, nuestras propuestas consisten en:

1. Instar a los Estados del continente a que ratifiquen o se adhieran a las convenciones interamericanas sobre adopción, restitución y tráfico.
2. Instar a los Estados Parte de las convenciones sobre restitución y tráfico que aún no lo han hecho, a que designen Autoridad Central.
3. Dotar a las Autoridades Centrales de recursos económicos suficientes y de personal especializado para que puedan cumplir cabalmente su misión.
4. Apoyar el establecimiento y el desarrollo de redes internacionales y nacionales de jueces que permitan una mayor comunicación entre ellos, reduciendo al mínimo los formalismos.
5. Incentivar el empleo habitual de los avances tecnológicos en el área de las telecomunicaciones para facilitar y dar celeridad al flujo de información entre autoridades de diversos Estados.
6. Coordinar esfuerzos entre organismos universales y regionales dedicados a la protección de la niñez, autoridades judiciales, administrativas y centrales de los Estados, y foros académicos, para difundir la importancia, el contenido y el funcionamiento de las convenciones interamericanas sobre adopción, restitución y tráfico, no sólo entre los operadores jurídicos sino también al público en general.
7. Dar mayor difusión a la existencia y al contenido de la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, e invitar a los Estados a reformar sus legislaciones internas tomándola como guía.
8. Mantener e incrementar el diálogo con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
9. Afianzar la Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en Materia de Derecho de Familia y Niñez.
10. Fortalecer la tendencia a la adopción de técnicas flexibles de codificación incentivando la elaboración de instrumentos de *soft law*.