

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

TOMO II

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DESAFÍO FRENTE A LOS GRUPOS MÁS VULNERABLES EN EL MARCO DEL COVID-19

CRISTINA BRITOS¹

Sumario: I. Palabras introductorias. II. El DIPr y el derecho de las minorías: algunas precisiones. III. La protección de las minorías desde la perspectiva del DIPr. IV. Reflexiones finales.

I. Palabras introductorias

A nadie escapa que vivimos una de las crisis más importantes de los últimos tiempos, ya que la pandemia global causada por el COVID-19 afecta a nuestra sociedad desde lo sanitario, económico-político, y social.

En esta oportunidad, nos centraremos en la necesidad de reflexionar acerca de la mayor protección que requieren las minorías y su relación con el Derecho Internacional Privado (DIPr), y los Derechos Humanos. Sucede que el proceso de constitucionalización de los derechos humanos se ve reflejado en la evolución de los distintos ordenamientos jurídicos², donde

¹ Doctoranda en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura, UCC. Docente de la Cátedra de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

² En este sentido, el DIPr deberá nutrirse de esta comunidad de principios que surge entre la Constitución, y lo público y privado, frente a una sociedad multicultural, “procurando aceptar, en mayor o en menor grado, los fenómenos e instituciones procedentes de civilizaciones distintas e intentando evitar el rechazo sistemático de la aplicación del Derecho extranjero que responde a valores distintos a los occidentales. De esta manera, se abandona un Derecho internacional privado entendido como un Derecho que debe resolver, de modo radical, “conflictos de civilizaciones...””.

asistimos al nacimiento de una nueva persona multicultural como sujeto de derechos.

Así, surgen vividas imágenes de esta crisis humanitaria que ha frenado a tantos nuevos inmigrantes en busca de un destino mejor, los niños que transitando procesos de restitución internacional en algunos países deben esperar para poder regresar a su centro de vida, padres que se han quedado en el camino para llevar a cabo el proceso de adopción internacional o para buscar a sus bebés nacidos por gestación por sustitución en otros países.

En este escenario, el reconocimiento y la protección de los derechos de las minorías constituyen hoy uno de los grandes desafíos a los que se enfrenta el DIPr, en la búsqueda constante para brindar respuestas flexibles, a favor de la cooperación judicial internacional, que aboguen por reducir la distancia entre el derecho y la realidad de la justicia en cada caso concreto.

En tiempos de incertidumbre es necesario gestar proyectos comunes, que nos permitan descubrir en la adversidad de la situación actual, un DIPr como punto de partida para reflexionar sobre los derechos de las minorías como uno de los grandes desafíos a los que nos enfrentamos en esta época, para construir la tan anhelada gobernanza global³.

II. El DIPr y el derecho de las minorías: algunas precisiones.

Para acercarnos a la noción de minorías, cabe remarcar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴, que goza de jerarquía constitucional en nuestro país, ha inspirado el contenido de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas⁵.

El art. 27 del Pacto dispone que “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que per-

³ La íntima vinculación a los derechos humanos, el DIPr y el activismo judicial, desde la gobernanza global se ha puesto de manifiesto por la Dra. Adriana Dreyzin de Klor, con quien colaboramos, en el trabajo titulado “Derechos Humanos, Derecho Internacional Privado y Activismo Judicial”, publicado en XXXIX Curso de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 2013, págs. 1-22; y en El Dial.com, elDial DC1A58.

⁴ Este Pacto ha adquirido jerarquía constitucional en nuestro país con la reforma constitucional del año 1994, conforme el art. 75 inc. 22.

⁵ Esta declaración fue aprobada por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1992 (resolución 47/135).

tenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

En efecto, y si bien no hay una definición establecida a nivel internacional sobre qué grupos constituyen una minoría, “el término minoría, como se utiliza en el sistema de las Naciones Unidas en relación con los derechos humanos, se refiere generalmente a las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas”⁶.

Por su parte, se argumenta que la existencia de una minoría es una cuestión de hecho, que no incumbe exclusivamente al Estado, por lo que cualquier definición debe incluir tanto factores objetivos, como la existencia de una etnia, lenguaje o religión compartidos, así como factores subjetivos, tales como el deseo de las personas de que se las identifique como parte de ese grupo⁷.

En consonancia con las minorías nacionales, se torna imprescindible en forma análoga la lucha contra las discriminaciones múltiples, para defender a toda persona perteneciente a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística cuando también es objeto de discriminación por otros motivos como su género, discapacidad u orientación sexual.

Para ello resulta imprescindible, que el Poder Judicial ejerza un “control de convencionalidad”⁸ entre las normas jurídicas internas, que se aplican en los casos concretos, y los TDDHH ratificados por nuestro país, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹.

⁶ Sobre este tema se puede consultar: “Derechos de las minorías – Normas internacionales y orientaciones para su aplicación”, preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) a petición del Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre las Minorías, publicado en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf

⁷ “Derechos de las minorías – Normas internacionales y orientaciones para su aplicación”, ob. cit., p. 3.

⁸ Sobre los alcances del control de convencionalidad y la opinión de la doctrina argentina, se puede consultar: Bianchi, Alberto B., “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, en Supl. Const., 2010 (septiembre), p. 15; LL, 2010-E-426.

⁹ Con posterioridad a lo resuelto en el caso “Almonacid”, la Corte Interamericana ha sostenido que: “...Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre

Frente a la pandemia que nos atraviesa, la Corte Interamericana ha emitido la Declaración 1/20 instando a los Estados a garantizar a toda persona, bajo su jurisdicción, sin discriminación los derechos a la vida, a la salud, económicos, sociales, culturales y ambientales “en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI...”¹⁰.

Emerge así, el desafío para el DIPr desde el replanteo de la concepción de las fuentes, ya no desde el conflicto que trae aparejado la incerteza jurídica de su elección, sino desde el “diálogo de fuentes”¹¹, para compatibilizar con la mejor solución que tutele con efectividad los derechos de las minorías.

III. La protección de las minorías desde la perspectiva del DIPr

Esta época de pandemia ha puesto sobre la mesa la gran preocupación que despierta la migración internacional, esto es la circulación de personas

las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...” (conf. CIDH, Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128, Caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia de 1º de septiembre de 2010, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 176, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225, Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193).

¹⁰ Conf. Declaración de la Corte Interamericana, que alude al COVID-10 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales.

Se puede consultar en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf

¹¹ Nuestras ideas en este sentido, siguiendo a Erik Jayme han sido esbozadas en el trabajo titulado: “De cara a la postmodernidad: la superación del conflicto de fuentes a la luz del camino de la coordinación”, presentado en el marco de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, publicado en elDial.com, Citar: elDial DC14CE.

a través de las fronteras para residir de manera permanente o temporal en un país distinto al de nacimiento o ciudadanía, en búsqueda de mejores condiciones de vida o debido a persecuciones y conflictos, que ponen en peligro su vida y seguridad¹².

Si bien hoy los países han cerrado sus fronteras, atento la profunda crisis política, social y económica que vive Venezuela en los últimos años, la migración a Argentina se ha incrementado, ocupando el primer lugar entre las radicaciones de extranjeros en el país, detrás de los paraguayos, bolivianos, peruanos y colombianos¹³. De allí que muchas de estas personas migrantes han quedado lejos de sus países de origen, y en muchos casos de sus familias debido a la crisis global que se atraviesa.

Por lo tanto, el DIPr debe dar una respuesta a estas nuevas situaciones privadas internacionales nacidas como fruto de la inmigración, que se caracterizan por el hecho de que la vida de las personas transcurre entre dos ordenamientos jurídicos, ya que se trata de una persona que difícilmente pierda sus lazos con su país de origen.

Según autorizada doctrina, coincidimos que “la función del nuevo DIPr de la inmigración no es sólo la cooperación entre sistemas jurídicos, sino –de forma más específica– la integración de la población de procedencia extranjera y condición inmigrante tanto en la sociedad de acogida como de origen. Este sistema es el único capaz de conseguir este objetivo, pues es la única rama del ordenamiento que se ocupa del reconocimiento

¹² Las estimaciones mundiales de las Naciones Unidas sobre migrantes internacionales incluyen a aquellas personas que viven fuera de su país de nacimiento o ciudadanía durante más de un año. Esta estimación incluye a los trabajadores migrantes, a los migrantes en situación irregular y a los refugiados, pero no tiene en cuenta a los millones de personas en todo el mundo que migran con carácter temporal o estacional a corto plazo desde o hacia otro país, habitualmente vecino, durante unas pocas semanas o meses cada año. Ver: “Migración, Derechos Humanos y Gobernanza”, Manual para Parlamentarios N° 24. Este trabajo es fruto de la labor conjunta de la Unión Interparlamentaria, la Organización Internacional del Trabajo y las Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos), y ha sido publicado en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

¹³ Conforme los últimos datos de la Dirección Nacional de Migraciones Argentina, organismo dependiente del Ministerio del Interior, en 2018 la migración venezolana se incrementó en más de un 100%, y fueron otorgadas 70.531 radicaciones de venezolanos -tanto temporarias como permanentes. Estos datos han sido publicados por Infobae en: <https://www.infobae.com/sociedad/2019/02/25/las-radicaciones-de-venezolanos-en-argentina-se-quintuplicaron-en-los-ultimos-dos-anos/>

de las situaciones de las personas que se encuentran vinculadas con una pluralidad de ordenamientos⁷⁷¹⁴.

Desde otra perspectiva, la familia internacional atraviesa una profunda interpelación durante esta pandemia¹⁵ desde dos situaciones como son la gestación por sustitución y la adopción internacional, que claman por una especial protección por las personas involucradas.

La gestación por sustitución es una forma de maternidad cada vez más frecuente, y se relaciona con el DIPr cuando el proceso tiene lugar en distintos ordenamientos nacionales. En muchas ocasiones las personas que recurren a esta institución y tienen sus domicilios en un país que la prohíbe, se trasladan a otro país que la permite, proyectándose luego un caso que pone en juego los derechos del niño nacido bajo este método, para la inscripción de la filiación en el país en el cual se domicilian y su admisión o reconocimiento.

Como fruto de la profunda preocupación de la comunidad internacional, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado desde el año 2010 ha puesto este tema en su agenda¹⁶. Desde el año 2015 se conformó un grupo de Expertos con el fin de estudiar y abordar el instituto de la filiación en general, y la gestación por sustitución transfronteriza.

En este contexto, varias parejas de padres argentinos así como de otras nacionalidades¹⁷ se vieron impedidos por las cuarentenas decretadas en los distintos Estados de ir a buscar a sus bebés nacidos por gestación por

¹⁴ Conf. DE LA ROSA, Gloria Esteban, El nuevo Derecho Internacional Privado de la Integración, *R.E.D.I.*, Vol. LIX (2017), 1, en: http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/02/4_estudios_estaban_de_la_rosa_nuevo_dcho_internacional.pdf, pp. 103-129. El estudio se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia «Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza» (SEJ 820), concedido por la Consejería de innovación, ciencia y empresa de la Junta de Andalucía (2005-2008), cuyo investigador principal es S. Sánchez Lorenzo, CU de Derecho internacional privado (Universidad de Granada).

¹⁵ Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana, “La incidencia del Covid 19 en la protección internacional de niños, niñas y adolescentes”, en: Las heridas jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia del COVID-19, Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales, Córdoba, La Ley, 2020.

¹⁶ Para consultar el avance del abordaje de este instituto véase: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

¹⁷ España, Reino Unido, Francia, Suecia son varios de los países donde muchas parejas esperan para ir a buscar a sus hijos nacidos mediante esta técnica en Ucrania. Ver: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-15/bebes-varados-en-ucrania-la-pandemia-pone-en-cuarentena-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler.html>

sustitución en Ucrania, ya que ello coincidió con el cierre de las fronteras. En Argentina¹⁸, las familias presentaron un recurso de amparo para que la justicia intervenga a los fines que se articulen los medios necesarios entre ambos países para poder hacer posible el viaje.

Desde otra situación fáctica, una pareja de padres españoles luego de años de espera y trámites aguarda para recoger a Luis, de 2 años, que los espera en Vietnam mientras aguardan que el gobierno español que sigue el caso les otorgue la autorización necesaria para viajar¹⁹.

Como es sabido, la adopción internacional²⁰ se produce cuando un niño que tiene su residencia habitual en un Estado, es adoptado por una persona o pareja, que tiene su residencia en otro Estado.

A la luz de ambas realidades en que la niñez queda desamparada, es imprescindible hacer visibles estas situaciones para que a la luz de la cooperación judicial internacional los Estados, teniendo presente el principio del interés superior del niño²¹ tutelado por los TDDHH, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño que debe guiar toda decisión judicial, aspiren a dar respuestas ágiles y flexibles, aún en tiempos de crisis como los que vivimos, para resguardar los derechos de la infancia.

¹⁸ En el país son aproximadamente veinte parejas que debieron esperar para poder ir a conocer sus bebés. Ver: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/el-emotivo-encuentro-padres-argentinos-sus-bebes-nid2377201>

¹⁹ Se puede conocer acerca de esta historia en: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-21/padres-que-se-quedaron-a-punto-de-adoptar-nuestro-hijo-nos-espera-a-11000-kilometros.html>

²⁰ Sobre la adopción internacional y su alcance en el ordenamiento argentino, se puede consultar: Najurieta, María Susana, “Inserción de Adopciones Internacionales en el ordenamiento jurídico argentino”, en *Nuevos Paradigmas de Familia y su reflejo en el Derecho Internacional Privado*, Dreyzin de Klor, Adriana y Echegaray de Maussion, Carlos (Dirs.), Córdoba, Ed. Advocatus, 2011, pp. 111-137.

²¹ Coincidimos con la Corte Suprema en que tanto “los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño, estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; (...) incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”, en Comité, Observación general N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 4 y 42 párrafo 6 del artículo 44); 2003, HRI/GEN/1/ Rev. 7, párr. 12, p. 365; citado en CSJN, 16/09/2008, “G., M.G. s/ protección de persona”, Expte G. 617.XLIII, LL. 2009-A, 450.

IV. Reflexiones Finales

Alguien expresó alguna vez que “los grandes cambios siempre vienen acompañados de una fuerte sacudida. No es el fin del mundo, es el comienzo de uno nuevo”.

De allí que conscientes de las dificultades y desafíos extraordinarios a los que se enfrenta cada Estado, cada familia y cada persona como fruto de la pandemia ocasionada por el coronavirus, el DIPr emerge desde su íntima sintonía con los Derechos Humanos para dar visibilidad a los grupos en situación de vulnerabilidad que genera la inmigración, así como las situaciones de los niños que transitando procesos de restitución internacional en algunos países deben esperar para poder regresar a su centro de vida, o padres que se han quedado en el camino para llevar a cabo el proceso de adopción internacional o para buscar a sus bebés nacidos por gestación por sustitución en otros países, entre tantas otras situaciones.

En este marco, estas líneas solo pretenden ser el punto el comienzo de un DIPr que nos invite, a través del Principio a favor de la cooperación como instrumento esencial y desde la mirada constitucional-convencional, para comprometernos en la búsqueda de soluciones ágiles y efectivas, que garanticen de manera efectiva los derechos de las personas más vulnerables del sistema.