

**XXIV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
“Dr. Julio Barberis”**

Sección Derecho Internacional Privado

**EL ESTATUTO PERSONAL ANTE LOS DESPLAZAMIENTOS
TRANSFRONTERIZOS**

**CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL
ESTATUTO PERSONAL. POSIBLES CONEXIONES LOCALIZADORAS DEL
DERECHO APLICABLE**

PERSONAL STATUS IN DISPLACEMENT TRANSBOUNDARY

**CRITERIA FOR DETERMINING CONTENTS FROM PERSONAL STATUS.
POSSIBLE LOCALIZING CONNECTION FROM APPLICABLE LAW**

*Relatora: Amalia Uriondo de Martinoli**

RESUMEN

El artículo esboza algunas ideas en torno a los desafíos que plantean los desplazamientos transfronterizos en el estatuto personal, teniendo en cuenta la influencia que los movimientos internacionales de personas ejercen sobre la forma y contenido de sus relaciones personales y de familia. El migrante, como toda persona, se encuentra bajo el manto protector de los instrumentos jurídicos de derechos humanos y libertades fundamentales. No obstante, en el proceso de integración en la sociedad de acogida afloran los conflictos que se traducen en el rechazo, la xenofobia y la estigmatización de los sujetos migrantes, que arrojan sombras sobre el presente. En las actuales sociedades multiculturales, es necesario lograr la convivencia pacífica entre los inmigrantes y la población autóctona a través del reconocimiento activo de lo diferente. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, alcanzar dicho objetivo requiere propiciar las vías adecuadas para establecer un diálogo entre los sistemas jurídicos de las personas inmigradas, con la debida atención de sus semejanzas y diferencias, en orden a dar respuesta y continuidad espacial a sus situaciones personales y familiares tanto en el lugar en el que desarrollan su vida como el país de procedencia.

PALABRAS CLAVE Migración internacional, sociedad multicultural, estatuto personal, integración social, derecho aplicable.

ABSTRACT

The article outlines some ideas about the challenges posed for displacement transboundary in Personal Status posed by cross-border movements in personal status, taking into account the influence those international movements of people exercised on the form and content of their personal and family relationships. The migrant, as like every person, is under the protection of the human rights instruments and fundamental liberties. Nevertheless, in the integration process to the host society, conflicts appear such as rejection, xenophobia and stigmatization of migrant persons, that brings shadows to the present. In today's multicultural societies, it is necessary to achieve peaceful coexistence between immigrants and the native population through active recognition of

difference. From the perspective of private international law, to achieve this objective requires propitiate adequate ways to promote a dialogue between the legal systems of the immigrant people, with due attention to their similarities and differences, in order to respond and spatial continuity to their personal and family situations in the place where they conduct their lives as the country of origin

KEYWORDS International migration, multicultural society, personal status, social integration, applicable law.

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Titular, Cátedra “B”, Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Par Evaluadora de Proyectos de Investigación. Docente-Investigadora Categoría I, Profesora de Posgrado en Universidades nacionales y extranjeras. Autora de libros, capítulos y artículos publicados en el país y en el extranjero. Miembro de Asociaciones de Derecho Internacional. e-mail: martinoli@fibertel.com.ar

SUMARIO: I. Introducción. 1. Algunas preguntas. 2. Migración internacional; a) Destinos de la emigración; b) Feminización migratoria; c) Flujos migratorios interregionales. II. ¿Se protegen los derechos de los migrantes? 1. Declaraciones de las Naciones Unidas: a) Declaración Universal de Derechos Humanos; b) Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven. 2. Tratados relativos a los Derechos Humanos: a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; b) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; c) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; d) Convención sobre los Derechos del Niño; e) Instrumentos regionales; f) Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. III. Jerarquía de los tratados de Derechos humanos en el orden jurídico interno. IV. ¿Son términos sinónimos sociedad pluricultural y sociedad multicultural?; ¿Qué es una sociedad multicultural?; ¿Cuál es la diferencia entre multiculturalidad e interculturalidad?. V. Primera reflexión. VI. Estatuto personal. Precisión del ámbito de aplicación material. VII. ¿Existe una noción unívoca de familia? a) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; b) Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; c) Organización Internacional del Trabajo; d) Carta Social Europea; e) Directiva 2003/86/CE; f) Legislación nacional. VIII. Conexiones localizadoras del derecho aplicable: a) Domicilio; b) Nacionalidad; c) Residencia habitual. 1. Nuevos enfoques: A. Autonomía de la voluntad: a) Derecho de familia; b) Sucesión *mortis causa*. B. Método de reconocimiento. IX. Principios fundamentales. 1. Libertad de movimiento; 2. Principio de integración; 3. Principio de igualdad y no discriminación; 4. Principio de interculturalidad; 5. Unidad familiar. X. Reflexión final.

I. Introducción

El Congreso de la AADI constituyó un excelente foro que nos permitió sentar las bases de un debate de cara a los nuevos desafíos que plantean los desplazamientos transfronterizos en el estatuto personal. Es por ello, que mi exposición lejos de ser

exhaustiva, pretende esbozar las múltiples vertientes por las que considero transcurre la problemática en orden a compatibilizar el principio de la libertad de tránsito que recoge la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948¹ con el derecho soberano de cada Estado de decidir quién entra y quién sale de su territorio. Los Estados pueden asegurar sus fronteras y decidir sobre las condiciones de ingreso y permanencia, así como sobre las condiciones de expulsión de las personas que ingresan en su espacio territorial. Ahora bien, un hecho incuestionable es que las poblaciones migrantes constituyen grupos altamente vulnerables en cuanto a la vigencia de sus derechos fundamentales. De allí, que la comprensión del fenómeno migratorio no puede entenderse desligado de la integración de los extranjeros en la sociedad receptora y de la necesidad de proponer o adaptar las soluciones existentes, a partir de un estricto respeto de los derechos de las personas migrantes. De ese modo, se instaura la necesidad de combinar dos exigencias a menudo contrapuestas: la integración del inmigrante en el país de destino y el respeto a sus orígenes.

En la exposición intentaré demostrar cómo el Derecho internacional privado (en adelante DIPr.) puede contribuir a conciliar ambas exigencias. Para reflexionar sobre estos problemas dividiré el trabajo en dos partes: en la primera, me referiré a los distintos aspectos que presentan los flujos migratorios y a las inevitables consecuencias jurídicas que trae consigo la realidad migratoria. Focalizaré su tratamiento en la normativa internacional sobre derechos humanos que constituye el sustento jurídico de los principios de la tolerancia, cuyo objetivo es promover actitudes y valores que fortalezcan la coexistencia, el pluralismo y el respeto a los diferentes grupos e individuos que forman la sociedad. En la segunda, me centraré en las dificultades con las que se enfrenta el DIPr. para poder dar una respuesta adecuada a los conflictos de leyes que suscita la inmigración procedente de países con pautas culturales, sociales y jurídicas diversas, especialmente intensos en ámbito del Derecho de familia.

1. Algunas preguntas

La comprensión del fenómeno migratorio no puede entenderse desligado de la integración de los extranjeros en la sociedad receptora y de la necesidad de proponer o adaptar las soluciones existentes, a partir de un estricto respeto de los derechos de las personas migrantes. En esa línea de razonamiento se orientan este conjunto de interrogantes:

¿Qué es migración?

¿Quién es un migrante?

¿Se protegen los derechos de los migrantes?

¿Son términos sinónimos sociedad pluricultural y sociedad multicultural?

¿Qué es una sociedad multicultural?

¿Cuál es la diferencia entre multiculturalidad e interculturalidad?

¿Cuál es el alcance sustantivo del estatuto personal?

¿Existe una noción unívoca de familia?

¹ Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), cuyo art. 13 establece que 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y regresar a su país. Así también lo establecen, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 22); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 12). Los instrumentos también garantizan muchos otros derechos aplicables a situaciones que son comúnmente experimentadas dentro del contexto de la migración.

¿Cuáles son las soluciones hábiles para conciliar la multiculturalidad de la sociedad y la búsqueda de una ley aplicable al estatuto personal?

2. Migración internacional

La primera cuestión que nos plantea el fenómeno de la migración internacional es precisar ¿Qué es migración?

Muchas veces se utiliza la definición en un sentido amplio para referirse a todo movimiento de las personas de un lugar a otro por razones de satisfacción de necesidades generalmente económicas o mejora de las condiciones de vida. La migración es una de las formas de movilidad humana, por lo general, la decisión de emigrar suele estar influida por el contexto social. Tal vez por ser el modo más generalizado también se la emplea para referirse a casi todos los tipos de desplazamientos², que conllevan un cambio de residencia bien sea temporal o definitivo.. Así, cabe identificar *el caso de las "migraciones mixtas", movimientos que incluyen refugiados, peticionantes de asilo, migrantes económicos, menores no acompañados, migrantes ambientales, personas traficadas, víctimas de trata y migrantes varados, entre otros, y cuya principal característica es su condición de vulnerabilidad asociada con la irregularidad de las personas involucradas*³. Aunque la migración tiene ciertas especificidades respecto a otros géneros como el refugio y el desplazamiento forzado, que comprenden a las personas que huyen de situaciones que atentan contra la integridad y la seguridad.

Seguidamente nos preguntamos ¿Quién es un migrante?

Esta es una pregunta interesante ya que, de alguna manera, todas las personas podemos identificarnos de una forma u otra con la inmigración. A nivel internacional no hay una definición aceptada de migrante, no obstante ha sido entendido como aquél que ha tomado, en forma libre, la decisión de migrar por conveniencia personal y sin ningún tipo de presión externa. En consecuencia, este término se aplica a aquellas personas y los miembros de su familia, que se desplazan a otro país u otra región con el fin de mejorar sus condiciones materiales y/o sociales⁴. También se lo ha conceptualizado como un término genérico que abarca tanto al emigrante -persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él- como al inmigrante - persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él⁵.

Son diversas las causas de la migración y el perfil de los migrantes. Esta expansión de los flujos de población, tanto cualitativa como cuantitativamente, se debe a varios factores, entre ellos, el incremento de las corrientes migratorias de trabajadores provocadas por cuestiones económicas y laborales, la facilitación de los medios de transporte y comunicaciones, los desplazamientos derivados de la cultura del ocio actual y conectados básicamente pero no exclusivamente, al fenómeno turístico. En efecto, la evolución de las sociedades ha incrementado el tráfico entre ellas; en la historia sabemos de desplazamientos de personas de un lugar a otro y a veces de un país a otro por razones de hostigamiento político o religioso, por persecuciones políticas o simplemente en búsqueda de trabajo, que desde África, Iberoamérica y algunas partes de Asia se trasladan hacia zonas desarrolladas del mundo. Con el progreso de la tecnología y de las

² Cfr. "Los migrantes, sus derechos y legislación aplicable. Guía práctica", disponible en: www.iom.int/jahia/webdav/.../oim_colombia_guia_practica.pdf

³ *Migración internacional en América Latina y el Caribe- Nuevas tendencias, nuevos enfoques*, Editor Jorge Martínez Pizarro, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, mayo de 2011, p. 21.

⁴ Organización Internacional para las Migraciones; *International Migration Law. Glossary on Migration*: OIM, Ginebra 2004, p. 40.

⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003 solicitada por México bajo el epígrafe "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados" (párrf. 69).

comunicaciones, los intercambios son más frecuentes y sobre todo más complejos. Se habla de la globalización y ese concepto agrupa una serie de elementos que llevan a una mayor cercanía entre países y a un estrecho contacto entre culturas diversas.

Las migraciones internacionales han sido un componente socio-cultural básico en el curso del siglo XX, y podemos asegurar que durante el XXI persistirán los amplios movimientos de personas sin que las características predominantes de los mismos varíen substancialmente, pues “los factores socio-culturales, políticos y sobre todo económicos que hicieron del pasado siglo ‘la era de la migración internacional’ (Castles y Zlotnik, 1999), no parecen desaparecer por el momento, de modo que su configuración actual le confiere a ésta un carácter de ‘fenómeno a largo plazo’ (Suárez-Orozco, 2001)”⁶, cada día más dinámico y fluido. Incita la movilidad de la población a escala internacional una serie de causas: las tendencias demográficas, los conflictos armados⁷, los desastres naturales, las desigualdades de las economías nacionales, las condiciones de pobreza de amplios sectores, la falta de oportunidades laborales y, en general, el abismo cada vez mayor entre pobreza y riqueza.

Estudios e informes de organismos internacionales⁸ señalan que la totalidad de migrantes alcanza al 3% de la población mundial, y afecta a casi todos los países, ya sea como país de emigración, de inmigración, de tránsito, o incluso, los tres caracteres a la vez. Actualmente, se estima que el número de personas que se han establecido en un país distinto del que nacieron oscila entre 185 y 192 millones en todo el mundo. Ello permite afirmar que la migración internacional o la libre circulación de personas entre territorios autónomos, con sistemas políticos, jurídicos económicos y sociales heterogéneos, se ha convertido en una característica intrínseca de la globalización, en donde la brecha entre países desarrollados y en desarrollo se puede agudizar.

a) Destinos de la emigración

Históricamente en los países de Sudamérica las migraciones fueron marcadas por corrientes venidas de Europa. Hoy han cambiado de dirección, se han invertido las tendencias migratorias, pasando de ser una zona de inmigración para convertirse en una región con movimientos migratorios que circulan por diferentes lugares, gran parte van a Estados Unidos y hacia los países más cercanos. El deterioro de las economías, el empobrecimiento de la clase media y la elevada desocupación ha hecho que gran parte de los migrantes hayan elegido países de la misma región y aquellos con mejores posibilidades económicas y preparación intelectual hayan optado por Europa, Estados Unidos o incluso Japón (IOM report, 2000).

En tanto, dentro de América Latina y el Caribe, la cifra de inmigrantes total representa únicamente el 1% de la población regional, mientras tanto, el porcentaje de emigrantes sube al 4%. O sea que por cada inmigrante que llega a la región, cuatro personas están afuera. Algunas excepciones que se han convertido en polos de atracción dentro de la zona son los casos de Argentina, Costa Rica y Venezuela en América Latina y Puerto Rico, Barbados y Bahamas en el Caribe. Las poblaciones inmigrantes en estos países giran alrededor del 10% y en los casos caribeños superan esta cifra⁹.

⁶ VALIDO, ANA MARÍA, “Migración internacional y Derecho de familia: realidades y retos”. Aldea Mundo Revista sobre Fronteras e Integración, Año 11, No. 22 / Noviembre 2006 - Abril 2007.

⁷ En los últimos meses miles de personas que escapan de la guerra civil de Siria comenzaron a llegar a campos de refugiados del Líbano (Sabra y Shatila), cfr. diario La Nación de 15 de septiembre de 2012.

⁸ Ver “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes”, publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) 2005.

⁹ PERALTA GAINZA, PATRICIA, “Tendencias migratorias en América Latina”, en Revista GLOOBAL Hoy, 27/7/2006. www.gloobal.net

Para complicar aún más la escena, cabe añadir que los flujos migratorios atraviesan las fronteras no sólo del o los países inmediatamente vecinos, sino que muchas veces se ven obligados a cruzar las de varios Estados en su camino al país al que migran, en el cual pretenden encontrar mejores expectativas de vida para ellos y sus familias. La situación de los “transmigrantes” o “migrantes de paso” conlleva la necesidad de establecer una regulación propia además de la prevista para los supuestos de inmigración y emigración de personas o grupos¹⁰.

En Europa occidental, en los últimos años, se han establecido alrededor de veinte millones de migrantes, es decir, casi un 15 % de la población activa, siendo un 40 % de ellos provenientes de países del tercer mundo. Esta circunstancia denota que la adaptación y la convivencia de algunos grupos de inmigrantes con la sociedad receptora resulta en verdad conflictiva, pues proceden de lugares que presentan gran variedad de étnias, culturas, lenguas y religiones, que no muestran una gran afinidad con la cultura europea¹¹.

Desde mediados del siglo XIX, la Argentina ha sido un país receptor de inmigrantes, tanto intra-continenciales como extra-continenciales. Por diversos motivos, la presencia de la migración ultramarina comenzó a disminuir notablemente a mediados del siglo XX¹², en tanto que la inmigración proveniente de países limítrofes se mantuvo relativamente estable a lo largo del siglo. Cabe señalar el incremento de la corriente migratoria proveniente de otros países latinoamericanos, entre los que se destaca Perú, de países asiáticos, principalmente China y Corea del Sur, de países de Europa del Este y de diversos países de África (especialmente Senegal y Nigeria)¹³. Asimismo, que Argentina cuenta con una importante cantidad de emigrados residiendo en el extranjero.

El 17 de diciembre de 2003, el Congreso de la Nación sancionó una nueva ley de migraciones N° 25 871¹⁴, correspondiéndole a la Dirección Nacional de Migraciones regular la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas migrantes en el territorio nacional, por ser la autoridad de aplicación de dicha ley. Ésta distingue como objetivo los compromisos internacionales de la República respecto a los Derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes (art. 3). La legislación vigente ha supuesto un cambio esencial en el enfoque de la política migratoria en el país, al ser la migración vista como un derecho que se debe garantizar sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (art. 4). Ofrece, además, un marco jurídico protector de la infancia migrante o de los hijos de las personas migrantes, tanto para permitir su ingreso y residencia en el país como para evitar que algunas decisiones (vgr. de expulsión) impliquen la separación de la familia. El derecho a preservar la unidad de esta institución social y jurídica fundamental, se ve fortalecido cuando se garantiza el

¹⁰ CARRILLO CASTRO, ALEJANDRO, “La migración en América latina”. disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/24/11.pdf>, p. 116.

¹¹ CARBALLO ARMAS, PEDRO “Inmigración y Derechos Fundamentales en la Unión Europea: una aproximación a los instrumentos jurídico-políticos de integración de los extranjeros en España”, ReDCE n° 5, enero-junio de 2006, p. 6, disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCES5/articulos/11pedrocarballo.htm>

¹² COURTIS, CORINA, “Marcos institucionales, normativos y de políticas sobre migración internacional en Argentina, Chile y Ecuador”, en *Migración internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques*, Editor Jorge Martínez Pizarro, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, mayo de 2011, p. 101.

¹³ Según JORGE MARTÍNEZ FERNÁNDEZ BERNAL en “La situación del pueblo Rom en la Argentina”, los primeros miembros del pueblo Rom (gitanos) comenzaron a inmigrar al país hace más de 100 años. Se estima que viven alrededor de 300.000 integrantes que pertenecen a los siguientes grupos: Kalderash griegos, rumanos, ucranianos, búlgaros, moldavos y rusos, algunas familias Lovari y algunos Xoraxane Roma, Calé argentinos, españoles y los Boyash. La Mayoría de los Rom es de confesión evangélica,”

¹⁴La ley fue reglamentada en mayo de 2010 (Decreto 616/2010).

derecho a la reunificación familiar; reconocimiento que impacta también en la protección de los derechos de la niñez migrante y de los hijos de las personas migrantes.

La normativa tiene la particularidad de reconocer el derecho a residir y trabajar libremente a los ciudadanos de los países limítrofes e incorporó el criterio único de la nacionalidad del Mercosur para el otorgamiento de la residencia en el país, sin depender de otros criterios migratorios tradicionales de radicación (trabajo, familia, etc.). Establece los siguientes derechos de los extranjeros: derecho a la migración y de reunificación familiar; derecho a la igualdad de trato; derecho a la información; derecho al acceso, no discriminatorio, del inmigrante y su familia, a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social. Con posterioridad, se firmó un tratado con la República del Perú reconociendo los mismos derechos a sus ciudadanos.

Mediante el decreto 1169/2004, se puso en marcha la “Regularización migratoria de ciudadanos nativos fuera de la órbita del Mercosur”, que alcanza a los ciudadanos provenientes de China, Taiwán, República Dominicana y ciertos países de África. En virtud de esta medida, se estima que aproximadamente 12.000 personas regularizaron su situación migratoria¹⁵.

En 2005, se implementó el programa nacional de normalización documentaria migratoria denominado Plan Patria Grande¹⁶, con el fin de conceder la residencia a los inmigrantes provenientes de países fronterizos y Perú que se encontraban en situación irregular, extendiéndose también para los ciudadanos de origen ecuatoriano, colombiano y venezolano.

Entre 2006 y 2008, el gobierno entregó documentos a 714.907 inmigrantes, una cantidad que constituye más de la mitad de los 1.531.940 de inmigrantes censados en 2001. De este modo, los inmigrantes con residencia en la Argentina sumaban al comenzar 2009, al menos 5,2 millones de personas, equivalente al 13,9% de la población¹⁷. A fines de 2009, concluyó el programa Patria Grande y otorgó 221.814 radicaciones.

De acuerdo al informe del primer trimestre del año 2012 de la síntesis estadística de radicaciones elaborada por la Dirección Nacional de Migraciones- Ministerio del Interior- el total de iniciadas y resueltas por categoría: permanente y temporaria durante el período 2004- 2012 (al mes de agosto) fue de 1.579.81 de personas de distintas nacionalidades¹⁸.

b) Feminización migratoria

¹⁵ COURTIS, CORINA, “Marcos institucionales, normativos y de políticas sobre migración internacional en Argentina, Chile y Ecuador”, art. cit., p. 110.

¹⁶ Disposición DNM N° 53.253, diciembre de 2005. A través del Decreto N° 836/04, se creó en el ámbito de la Dirección Nacional de Migraciones el programa nacional de normalización documentaria migratoria cuyo objetivo es la regularización de la situación migratoria y la inserción e integración de los extranjeros residentes en forma irregular en el país. Por Decreto N° 578/05, se instruyó a la Dirección Nacional de Migraciones a implementar en el marco del citado Programa, la regularización migratoria de los extranjeros nativos de los Estados Parte del Mercosur y sus Estados Asociados.

¹⁷ Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Inmigraci%C3%B3n_en_Argentina#cite_note-2#cite_note-12.

¹⁸ Paraguaya: 626.637; Boliviana: 423.204; Peruana: 235.774; China: 23.313; Brasileña: 29.573; Chilena: 36.492; Uruguaya: 30.482; Colombiana: 47.758; Estadounidense: 20.984; Dominicana: 7.511; Española: 10.587; Ucraniana: 4.048; Ecuatoriana: 11.030; Venezolana: 8.282; Italiana: 8.289; Mexicana: 8.807; Francesa: 6.584; Cubana: 1.004; Rusa: 975; Filipina: 6.60; Alemana: 4.438; otras nacionalidades: 27.308... (Base SADEX; incluye trámites ordinarios y Patria Grande).

Un estudio de la CEPAL (ONU)¹⁹ destaca que “... la región cuenta con alrededor del 10% de los migrantes del mundo y una creciente participación de personas, comunidades y países en la migración internacional...”, y un hecho muy sobresaliente ocurrido durante las últimas décadas en la región es la participación de las mujeres en la migración internacional. Este último dato, tiene especificidades y significados profundos, asociados tanto a las transformaciones económicas mundiales y a la reestructuración de los mercados laborales como a la consolidación de redes sociales y familiares. Los motivos que llevan a las mujeres a emigrar deben mirarse desde el contexto social y cultural del país del que proceden. Así, una de las características distintivas de la migración latinoamericana y caribeña, es la participación de mujeres en numerosos flujos migratorios internacionales, que guardan estrecha relación con la demanda laboral en actividades de servicios. En esta dirección apunta la fuerte representación de trabajadoras en el servicio doméstico, en el cuidado de ancianos y menores como modalidad de inserción laboral preferente entre las inmigrantes sudamericanas en Europa y, en menor grado, en los Estados Unidos y Canadá. Es decir, las trabajadoras migratorias predominan en el mercado laboral informal de la mayoría de los países receptores y realizan tareas domésticas, industriales, agrícolas o en el sector de los servicios, las que, en general, son mal remuneradas y las colocan en una situación de aislamiento, subordinación y estigmatización. Esta situación se ve agravada cuando el Estado receptor la tolera implícitamente²⁰.

“No obstante que aún presenta escasa visibilidad, la feminización de la migración entraña la oportunidad de abrir nuevos espacios a la mujer dentro del ámbito de la familia y de la sociedad como un todo, pues está llamada a contribuir a que se flexibilice la división sexual del trabajo y transformen los modelos y roles de género. Sin embargo, también esconde el riesgo de afectar negativamente los proyectos de vida de las mujeres, de reforzar sus condiciones de subordinación y las jerarquías asimétricas de género, de menoscabar su dignidad y atentar contra sus derechos. Un ejemplo de ellos es el trabajo doméstico transfronterizo, que representa un alto componente de la inserción laboral femenina y está fuertemente vinculado con una preocupación de la comunidad internacional sobre la situación de vulnerabilidad que afrontan las mujeres migrantes respecto a ser víctimas de discriminación y de la violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales”²¹, específicamente los laborales y sindicales. Este pensamiento está en sintonía con las recomendaciones realizadas por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE, 2009) respecto a la necesidad de formular políticas de inmigración laboral sensibles al género que desarrollen ambientes habilitantes que proporcionen igualdad de oportunidades de empleo y de acceso a los beneficios tanto a los inmigrantes hombres como mujeres, inclusive el reencuentro familiar.

c) Flujos migratorios interregionales

Los migrantes intrarregionales totalizan una cifra cercana a los tres millones de personas, las que se desplazan fundamentalmente entre países fronterizos o con

¹⁹ ONU. CEPAL “El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género”, 2003.

²⁰ Primer informe de actividades de GABRIELA RODRÍGUEZ PIZARRO, ex Relatora Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas, (Rodríguez, 2001, en <http://www.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/>).

²¹ “Migración internacional de latinoamericanos y caribeños en Iberoamérica: características, retos y oportunidades”. Documento preparado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL con ocasión del Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006. Santiago de Chile, julio de 2006.

proximidad geográfica. La migración entre los países de la región, es un fenómeno que sigue vigente, produciéndose una yuxtaposición de las condiciones de recepción con las de emisión, tránsito y retorno de migrantes. El análisis y la acción en las zonas fronterizas es sin duda importante, si consideramos la compleja trama de interacciones que se desarrollan en los espacios limítrofes de los países miembros y que atraviesan todas las dimensiones: económicas, políticas, laborales, sociales, culturales²².

Dentro de los espacios de integración subregional, se ha intentado abordar una progresiva liberalización de la movilidad de las personas, como lo demuestran las medidas dirigidas a facilitarla en el seno del Mercosur. En la reunión realizada entre el 9 y el 11 de noviembre de 2002 en la ciudad de Salvador de Bahía, República Federativa de Brasil, fue aprobado el Proyecto de Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del Mercosur²³, produciéndose un salto cualitativo en el tratamiento de la cuestión. El Acuerdo establece lo que puede considerarse como “un área de libre residencia” para los ciudadanos de sus Estados, con el requisito de acreditar su nacionalidad y falta de antecedentes penales. El derecho a residencia se aplica tanto a quienes desean ingresar como a los ya residentes, extendiéndose también a su familia. Asimismo, declara la igualdad de derechos civiles, sociales, culturales y económicos entre nacionales del país de recepción y nacionales de otros países firmantes; el principio de reunión familiar; el derecho a transferir remesas a su país; el derecho de los hijos de los inmigrantes a tener un nombre, una nacionalidad y a la educación, aún en caso de que sus padres estén en situación irregular, etc.

En esa misma fecha, los cuatro Estados más Bolivia y Chile también suscribieron el Acuerdo de regularización migratoria de los ciudadanos del Mercosur (Dec.CMC 28/02), cuyo objetivo es legalizar la situación de los ciudadanos de las naciones firmantes que se encuentran residiendo en forma irregular en el territorio de otro Estado Parte, permitiendo su regularización sin tener que regresar al país de origen y con independencia de la categoría con que hubiera ingresado, lo cual constituye un importante avance en la materia.

A fines de 2003, también con el objetivo de implementar políticas de libre circulación de personas en el espacio de integración, se concreta el Acuerdo de creación de la Visa Mercosur (Dec.CMC 16/03) con el fin de establecer reglas comunes para el movimiento temporal de personas físicas prestadoras de servicios en la región. La concesión de la Visa no estará sometida a ninguna prueba de necesidad económica ni a cualquier autorización previa de naturaleza laboral y estará exenta de cualquier requisito de proporcionalidad en materia de nacionalidad y de paridad de salarios. Además, se establece que la visa dará derecho a múltiples entradas y salidas.

La necesidad de adoptar medidas para prevenir, detectar y penalizar el tráfico de personas y migrantes en la región, llevó a los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile a suscribir el 16 de diciembre de 2004, en Belo Horizonte (Brasil), el Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes²⁴ (Dec. CMC37/04). Entre las acciones previstas se incluyen la cooperación, el intercambio de información y la acción conjunta entre las partes. El acuerdo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con dicha Convención y su Protocolo Adicional en materia de "Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire".

²² PÉREZ VICHICH, NORA, Fundamentos teóricos del tratamiento de la movilidad de personas en Mercosur, Entelequia, Revista interdisciplinar. Monográfico, junio 2007, disponible en: <http://www.eumed.net/entelequia/pdf/2007/e04a13.pdf>

²³ Los presidentes de los cuatro países más Bolivia y Chile, en tanto países asociados, refrendaron este Acuerdo en la Declaración Conjunta Presidencial del Mercosur del 6 de diciembre de 2002

²⁴ Argentina aprobó el Acuerdo por ley 26.382, la cual fue promulgada de hecho el 10 de junio de 2008.

En caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las Partes, se aplicará el Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los Derechos Humanos del Mercosur de 19 de junio de 2005 (Dec. CMC 17/05)²⁵. El instrumento promueve la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes. Para cumplir con su objetivo, establece la cooperación mutua a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur e instituye la vía de las consultas entre los integrantes del bloque y con la Parte afectada en los supuestos en que ésta haya incurrido en graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales, en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos.

En el marco de los temas migratorios, la XXX Reunión de Ministros del Interior del Mercosur y Estados Asociados (Montevideo, 25 de noviembre de 2011) pone de manifiesto que la adhesión de la República del Ecuador y la República del Perú al Acuerdo sobre residencia para nacionales del Mercosur, representa un gran avance en la consecución de un espacio común en que los nacionales de la región puedan circular y residir, garantizando a todos sus derechos civiles, sociales y económicos en los países del bloque. No obstante, una de las características generales de los inmigrantes a nivel internacional es la de constituir un sector de la población relativamente más vulnerable en lo que se refiere a la protección de sus derechos humanos, a diferencia de la población nativa. De allí, que nos preguntemos

II. ¿Se protegen los derechos de los migrantes?

La inmigración es uno de los fenómenos mundiales más controvertidos y multifacéticos. Si bien los Estados tienen la capacidad y facultades de establecer reglas para la migración de las personas, al mismo tiempo debe haber reconocimiento de derechos básicos e igualdad, se trate de connacionales de un Estado o extranjeros, los cuales deben ser respetados en cualquier circunstancia²⁶. Tal afirmación deriva porque los Derechos humanos son derechos inherentes a toda persona por el simple hecho de su condición humana, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, orientación sexual, opinión política o de cualquier otra índole, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles²⁷.

La mayoría de las doctrinas jurídicas distinguen tres grupos de Derechos humanos: los de primera generación son los derechos civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad (vida, libertad, seguridad jurídica, libertad de expresión, libertad religiosa, etc.). Los de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, conexos con el principio de igualdad (seguridad social, trabajo, salud, alimentación, vivienda, educación etc.). Exigen para su realización efectiva de la intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos. Por su parte, los de tercera generación, mucho más recientes, se vinculan con la solidaridad y se refieren al progreso social, la ecología, etc. (el cuidado del medio ambiente, el patrimonio común de la humanidad, el desarrollo científico y tecnológico, etc.). Los

²⁵ Mediante ley 26.109 (BO, 03/07/2006) Argentina aprobó el Protocolo de Asunción.

²⁶ Cfr. "Advierte la ONU retos en protección a migrantes", disponible en [El Universal.com.mx](http://ElUniversal.com.mx)

²⁷ Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario²⁸.

Cada persona involucrada en el proceso de migración, se encuentra bajo el amparo de un conjunto de instrumentos jurídicos sobre Derechos humanos en general. Es decir, la esencia de los derechos fundamentales de los migrantes lo encontramos en diferentes instrumentos internacionales que han intentado abogar por la universalidad de tales derechos. Éstos imponen límites a lo que los Estados pueden y no pueden hacer a las personas dentro de su territorio. Además, gozan de un sistema de protección que tiene jurisdicción sobre la casi totalidad de los países del mundo, cuya principal función es la de supervisar la aplicación de los tratados por los Estados parte y denunciar su incumplimiento, por ejemplo: el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, el Centro de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Centraremos los comentarios en las siguientes normas internacionales de Derechos humanos que son relevantes para los migrantes:

1. Declaraciones de las Naciones Unidas

a) Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas, está firmada por un gran número de gobiernos representando diferentes culturas, áreas geográficas y sistemas políticos. La Declaración “hace un esfuerzo por plasmar, en un total de treinta artículos, los principios y valores considerados como elementales a lo largo de la historia desde distintas concepciones del hombre o del mundo”²⁹.

En el contexto de la migración, cobra relevancia el principio de no discriminación que garantiza que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en su texto sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición.

El derecho de toda persona a emigrar, como condición inherente al principio de libertad de tránsito, se encuentra recogido en el art. 13 cuando garantiza la libertad de circulación y desplazamiento tanto en el ámbito territorial nacional como en el espacio internacional, y cuando reconoce el derecho a escoger libremente el lugar de su residencia en el territorio de un Estado.

b) Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven

Con la resolución 40/144 de 13 de diciembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas “*Consciente* de que, al mejorar las comunicaciones y establecerse relaciones de paz y amistad entre los países, cada vez hay más personas que viven en países de los que no son nacionales”³⁰, proclamó esta Declaración para asegurar que los

²⁸ PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, *La tercera generación de Derechos Humanos*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 28 y ss

²⁹ SOLANES CORELLA, ÁNGELES, “Inmigración y derechos humanos”, disponible en: <http://www.fundacioncajamar.es/mediterraneo/revista/me0107.pdf>

Derechos humanos fundamentales proporcionados en los pactos internacionales específicos también estarían garantizados para los no ciudadanos.

En particular, la Declaración establece los derechos de los extranjeros a la vida, intimidad, igualdad ante los tribunales, a elegir cónyuge, a casarse, a fundar una familia, a la libertad de pensamiento, a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones, a abandonar el país y el derecho a transferir al exterior sus ganancias, ahorros y otros bienes monetarios personales (art. 5). Asimismo, se deja claro que los extranjeros tienen el derecho a un ambiente de trabajo seguro y a igual remuneración sin distinciones de ningún género, garantizándose especialmente a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a aquellas de que disfrutaban los hombres, con igual salario por igual trabajo (art. 8).

2. Tratados relativos a los Derechos Humanos

a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

La Declaración Universal de 1948 no es legalmente obligatoria por sí misma. Sin embargo, ha establecido importantes principios y valores que más tarde fueron contemplados en tratados legalmente obligatorios de la ONU. Las nuevas circunstancias políticas, económicas o sociales han tenido su reflejo en el catálogo de Derechos humanos, incorporándose progresivamente a los mismos derechos completamente alejados de los reconocidos inicialmente³⁰. De esta forma, el 16 de diciembre de 1966 se elaboraron los Pactos que abordan de forma más amplia los derechos enumerados en aquella y tienen como distintivo su carácter jurídicamente vinculante.

Se garantizan una serie de derechos aplicables a situaciones que son comúnmente experimentadas en un proceso de migración, por ejemplo, el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna (art 2 de ambos Pactos); la libertad de circulación de un país a otro sin limitaciones y la elección del lugar de su residencia, así como el derecho de una persona de regresar a su propio país (PIDCP, arts. 12 y 13). Pues los factores que motivan el movimiento de una persona de su país de origen a menudo surgen a partir de violaciones o de la negación de derechos básicos, sean civiles, sociales, económicos u otros derechos humanos, o discriminación en su aplicación. Los “transmigrantes” o “migrantes de paso” también podrían ver afectados sus derechos durante el viaje o a la llegada al país de destino.

b) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Esta Convención, aprobada el 21 de diciembre de 1965 (ICERD), promueve los principios universales de derechos humanos, al considerar que todos los hombres tienen derecho a igual protección ante la ley contra todo tipo de discriminación racial y segregación, ofreciendo garantías que podrían ser relevantes para los migrantes. Sin embargo, el tratado se cuida de aclarar que éste no puede ser utilizado de ningún modo para afectar las normas internas de los Estados en materia de ciudadanía e inmigración, en tanto no se establezcan discriminaciones en contra de ciertas nacionalidades.

³⁰ Preámbulo de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven.

³¹ ARENAS GARCÍA, RAFAEL, en el artículo “El Derecho internacional privado (DIPr.) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, considera que últimamente, se ha venido reivindicando un Derecho fundamental al acceso a Internet, en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gazteiz*, (coord. por FRANCISCO JAVIER QUEL LÓPEZ, JUAN JOSÉ ALVAREZ RUBIO) 2008, p. 75.

Mediante el art. 5, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de una lista no exhaustiva de derechos. La Convención no garantiza estos derechos como tales; más bien estipula que, en tanto estos derechos existan en el derecho nacional, deben de ser disfrutados sin discriminación.

c) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

La Convención de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW), tiene como objetivo eliminar efectivamente todas las formas de discriminación contra la mujer, obligando a los Estados a reformar las leyes vigentes a tal fin. El art. 1 precisa que la expresión discriminación “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquiera otra esfera”.

En tal sentido, prescribe las medidas que han de adoptarse para suprimir todas las formas de trata de mujeres, que es una forma amplia de migración internacional, para fines que signifiquen degradación de la dignidad humana como la explotación sexual (prostitución forzada) o laboral (trabajos peor remunerados o no regulados). También se relaciona con la creciente participación de las mujeres en los flujos migratorios y el grado al que éstas son a menudo discriminadas, tanto por el hecho de ser mujer como por ser inmigrante.

Singular importancia reviste el derecho a preservar la integridad de la familia, generalmente reconocido por instrumentos universales y regionales³² en los casos en que ésta haya quedado separada por el motivo que fuere, a través de la figura de la reunificación familiar. Porque el derecho internacional relacionado con la unidad familiar, limita la autoridad del Estado de utilizar sus leyes nacionales para regular quién puede ingresar, permanecer, o abandonar su territorio. De esta forma, surge la responsabilidad de garantizar a la mujer la igualdad de condiciones con el hombre en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (art. 16).

d) Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención de 20 de noviembre de 1989, es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante destinado a los menores de 18 años de edad que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. El principio del interés superior del niño como consideración primordial (art. 3), entendido como la satisfacción integral de todos sus derechos, resulta medular en los procedimientos migratorios.

La prohibición contra toda forma de discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, del padre o de sus representantes legales, significa que cualesquiera beneficio que un Estado otorgue a los menores que sean sus nacionales, debe otorgarlos a todos los menores, incluyendo refugiados y otros migrantes.

³² Entre otros: art. 16 de la Declaración Universal de 1948; art. 10 del PIDESyC de 1966; art. 23 PIDCyP; arts. 9, 10, 22 de la CDN de 1989; art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950; y art. 16 de la Carta Social europea de 196 (revisada en 1996).

El derecho de todo niño a preservar su identidad (art. 8), es decir, a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer su procedencia, obliga a las autoridades de los Estados parte a utilizar todos los medios necesarios para que el menor extranjero sea reconocido por su “propio nombre, edad, nacionalidad, procedencia, origen, cultura, así como otros rasgos conformadores de su personalidad”³³.

La afirmación consciente del derecho internacional sobre la necesidad de salvaguardar la unidad de la familia, implica imponer a los países ratificantes una obligación positiva de adoptar medidas destinadas a tal fin (vgr. establecer políticas públicas con un enfoque en los derechos de la niñez migrante). En esa línea apunta la Convención cuando consagra el principio de no-separación del niño de sus padres en contra de la voluntad de éstos, que los Estados Partes “garantizarán” (art. 9.1). Esta disposición establece el derecho del niño a la reunificación de la familia y es corroborada por el artículo siguiente, el cual dispone, además de otros postulados, que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita” y “no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares” (Art.10. 1). Según el apartado dos del mismo artículo, “los países de origen deben respetar “el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país”.

En relación con el retorno al país de origen de menores migrantes no acompañados y separados de su familia, es preciso señalar que el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha expresado que “*sólo podrá contemplarse en principio si redundaría en el interés superior del menor*”, por lo que “*Excepcionalmente, el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor*”. Asimismo, agregó: “*Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior*”³⁴

En materia migratoria, otro aspecto relevante es el derecho del niño a ser oído por las autoridades competentes como así también el derecho a que sus deseos y opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de tomar decisiones que le incumban (art. 12). Esta directiva repercute en la esfera legislativa, administrativa o judicial de los Estados parte, ya que deberán diseñar e implementar mecanismos adecuados a la edad y etapa evolutiva del niño para poder hacer efectivo este derecho.

En el informe anual ante el Consejo de Derechos Humanos - 2 de junio de 2009- el relator especial de la ONU para los derechos de los migrantes, Jorge Bustamante, exhortó a los países de origen, de tránsito y destino de esas personas a proteger a los niños en cada paso del proceso migratorio³⁵. También subrayó la importancia de un marco legal adecuado para resguardar los derechos de los menores. En tal sentido, expresó: “Los Estados, sobre todo los de tránsito y destino, deben consagrar una

³³ ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA, “Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas”, Diario La Ley n° 5714, 7 de febrero de 2003, p. 4.

³⁴ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General N° 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, (párrfs.84 y 86).

³⁵ Como ejemplo de un enfoque específico de la niñez en la política migratoria, cabe mencionar que el 21 de marzo de 2013, el pleno de la Cámara de Diputados de México aprobó por unanimidad reformas al art. 112 de la Ley de Migración para garantizar el respeto a los derechos humanos y protección a los menores migrantes que viajen sin la compañía de un adulto. Mientras que la ley argentina 25. 871 de 2003 carece de regulaciones expresas respecto de ciertos temas que atañen especialmente a la niñez migrante –vgr. derecho a la identidad- al regular aspectos de la residencia en el país y los procedimientos migratorios.

atención especial a proteger a los niños indocumentados y no acompañados, así como a los que buscan asilo y a los que son víctimas del crimen transnacional organizado"³⁶.

e) Instrumentos regionales

Otros instrumentos regionales sobre derechos humanos ofrecen garantías similares, y aplican a todas las personas dentro de la jurisdicción de las partes contratantes. Los instrumentos regionales tienen como objetivo promover y proteger los derechos humanos y libertades básicas tanto a ciudadanos como a no ciudadanos dentro de los países signatarios. Los tratados regionales sobre derechos humanos incluyen la **Convención Europea sobre Derechos Humanos, y Libertades Fundamentales** de 4 de noviembre 1950, la **Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**, también conocida como la Carta de Banjul de 21 de octubre de 1986, y la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** de 22 de noviembre de 1969³⁷ y el **Protocolo Adicional** a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de 1988, conocido como Protocolo de San Salvador³⁸ que operan en el marco de la OEA y el **Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los Derechos Humanos del Mercosur** de 19 de junio de 2005.

f) Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Todas las naciones desarrolladas (y buena parte de los países en vías de desarrollo) restringen fuertemente la inmigración, justificando económicamente esta política en la competencia desleal que configuraría para los ciudadanos una mano de obra a bajos costes y la carga que representarían los inmigrantes a los servicios sociales de carácter público. La porosidad de las fronteras, ha inspirado sentimientos antimigrantes, provocando el resurgimiento de la xenofobia y el racismo, lo cual conlleva discriminación y desigualdad de trato.

En este sentido, bien se ha expresado que “en un contexto internacional globalizado...es necesario pugnar por que se reconozca el compromiso de la comunidad internacional con la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias”³⁹. Con el fin de humanizar su trato se aprobó la **Convención sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares** de 18 de diciembre de 1990⁴⁰, pues enfatiza la conexión entre migración y derechos humanos. Ello no implica crear nuevos derechos para los migrantes, sino que busca garantizar el trato igualitario y las mismas condiciones laborales para migrantes y nacionales, así como reconocer el derecho de aquéllos a mantener contacto con su país

³⁶ Informe suministrado por ACNUR (agencia de la ONU para los refugiados).

³⁷ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/migration-history/lang/es>

³⁸ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/migration-history/lang/es>

³⁹ Cfr. CASTAÑEDA, JORGE G., extraído de su exposición en el Día internacional del migrante (18 de diciembre de 2000) versión disponible en www.sre.gob.mx/comunicados/prensa/dgcs/2000/dic.

⁴⁰ Entró en vigor el 1º de julio de 2003, tras haber sido ratificada por un mínimo de 20 países en marzo de 2003; Argentina la ratificó el 23/02/2007. A pesar que la mayoría de los migrantes viven en Australia, Europa y Norteamérica estos países con alto nivel de migración no han ratificado la Convención. Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó dos instrumentos relativos a esta clase especial de trabajadores, cuyo objetivo es la protección de éstos: Convenio 97 (1949) y Convenio 143 (1975).

de origen. En su preámbulo, reconoce la importancia y magnitud del fenómeno de las migraciones, la situación de vulnerabilidad del migrante y sus familiares, y la necesidad de protección internacional en este ámbito.

Efectúa, también, una distinción entre los derechos humanos que los Estados deben garantizar a todas las personas migrantes, independientemente de su condición migratoria (arts. 8-35) y ciertos derechos que podrían restringirse para quienes tienen una residencia legal en el país de destino (arts. 36-56). Se ratifican las libertades básicas de los migrantes consagradas a lo largo de la historia por otros instrumentos internacionales, entre ellas, el derecho a libre entrada y salida de su Estado de origen; a la prohibición contra tratos degradantes; a no ser sometido a esclavitud y servidumbre; a la libertad de pensamiento, religión y culto. Al mismo tiempo confirma el derecho a la identidad cultural de los migrantes en los siguientes términos: “Los Estados parte velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen” (art. 31).

Las disposiciones establecen expresamente el derecho a la unidad y reunificación de la familia de los trabajadores migratorios, incluyendo el deber de los Estados de facilitar dicha reagrupación. El término “familiares” tiene una definición amplia que incluye las uniones legales y las consensuales de conformidad con el derecho aplicable, así como los hijos resultantes de ellas y otras cargas legalmente reconocidas⁴¹. El trabajador migratorio es definido como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. Asimismo, abarca y define los derechos aplicables a determinadas categorías de trabajadores migrantes: trabajador fronterizo, trabajador de temporada, trabajador itinerante, trabajador vinculado a un proyecto, trabajador con empleo concreto, trabajador por cuenta propia.

Si bien no anima su presencia, la Convención extiende, también, su manto de protección a los migrantes indocumentados o que se encuentran en situación irregular, a quienes asegura que tengan acceso a los derechos humanos fundamentales. El conjunto de derechos que enumera de orden civil, político, económico y cultural deben ser respetados sin distinción de ningún tipo. Además, estos derechos deben ser respetados y asegurados "de conformidad con los instrumentos aplicables relativos a derechos humanos".

La Convención hace un llamado a los Estados parte a tomar medidas para erradicar movimientos clandestinos, esto es, dirigidas a eliminar el ingreso ilegal y el empleo ilegal de trabajadores migrantes, fundamentalmente a través de la lucha contra la información engañosa que pueda incitar a la gente emigrar irregularmente. Las medidas sugeridas incluyen la imposición de sanciones a traficantes y empleadores de migrantes indocumentados⁴². En tal sentido, promueve la cooperación entre los Estados para las diferentes acciones de políticas migratorias, lo cual adquiere particular relevancia en el

⁴¹ Según el art. 4, el término familiares se circunscribe a:

- Cónyuges de los trabajadores migratorios;
- Personas que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio;
- Hijos a su cargo;
- Otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

⁴² Informe publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), noviembre de 2005, disponible en www.unesco.org/shs

proceso de integración regional mediante acuerdos formulados entre sus miembros (vgr. Acuerdo sobre residencia para nacionales del Mercosur).

Con relación a las previsiones relativas a la infancia, el Preámbulo hace mención expresa de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es por ello que, en cuanto a los derechos de niños e hijos de migrantes, la Convención de 1990 establece que “Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad” (art. 29).

A pesar que la mayoría de los migrantes viven en Australia, Europa y Norteamérica, estos países con alto nivel de migración no han ratificado la Convención, lo cual conspira contra su efectividad. *“Sus numerosas disposiciones, que exigen un examen cuidadoso antes de su ratificación, y la inquietud de algunos Estados en el sentido de que su aplicación podría fomentar el ingreso de más personas en situación irregular, explicarían esta reticencia (CEPAL, 2002)”*⁴³.

El creciente reconocimiento internacional del nexo entre la migración y los Derechos humanos, se ha canalizado marcadamente a través del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de las Naciones Unidas⁴⁴. Este mandato fue creado en 1999 por la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 1999/44⁴⁵ y abarca todos los países, independientemente de si un Estado ha ratificado la Convención de 1990. Los informes son de público conocimiento y describen tanto las vulneraciones de los derechos de las personas migrantes como las respuestas que ofrecen las autoridades nacionales.

Desde esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó la obligación de adecuar las políticas migratorias a los tratados de Derechos humanos, y afirmó que *“la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que (...) dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio (...) Lo importante es que (...) los Estados respeten sus*

⁴³ América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo (CEPAL) Capítulo V- Los derechos humanos de los migrantes, p. 323.

⁴⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo lo propio en 1997, a partir de una resolución de la Asamblea General de la OEA.

⁴⁵ El mandato fue prorrogado por otros tres años por la Comisión de Derechos Humanos en 2005, en su 62º período de sesiones (resolución 2005/47). Por medio de la resolución 8/10 del 10 de junio de 2008, el Consejo de Derechos Humanos reforzaría el mandato del Relator Especial y decidiría prorrogarlo por un período de tres años. Según la página oficial de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las principales funciones del Relator Especial son:

- a) Examinar los medios necesarios para superar los obstáculos a la protección plena y efectiva de los derechos humanos de los migrantes, reconociendo la especial vulnerabilidad de las mujeres, los niños y aquellos que no poseen documentos o se encuentran en una situación irregular;
- b) Solicitar y recibir información de todas las fuentes pertinentes, incluidos los propios migrantes, sobre las violaciones de los derechos humanos de los migrantes y de sus familiares;
- c) Formular recomendaciones apropiadas para impedir las violaciones de los derechos humanos de los migrantes y para remediarlas, dondequiera que se produzcan;
- d) Promover la aplicación efectiva de la normativa internacional pertinente sobre la materia;
- e) Recomendar actividades y medidas aplicables a escala nacional, regional e internacional, para eliminar las violaciones de los derechos humanos de los migrantes;
- f) Tener en cuenta una perspectiva de género al solicitar y analizar la información, así como prestar atención a la incidencia de múltiples casos de discriminación y violencia contra las mujeres migrantes;
- g) Hacer especial hincapié en las recomendaciones sobre soluciones prácticas con respecto a la realización de los derechos pertinentes al mandato, en particular definiendo prácticas óptimas y esferas y medios concretos de cooperación internacional;
- h) Informar periódicamente al Consejo, con arreglo a su programa de trabajo anual, y a la Asamblea General, a petición del Consejo y de la Asamblea.

*derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.*⁴⁶

Lo anteriormente expuesto tiene como propósito señalar que la soberanía estatal en materia migratoria, se encuentra cada vez más acotada como resultado de los principios y salvaguardas que la comunidad internacional ha venido estableciendo para garantizar los derechos humanos de los migrantes.

III. Jerarquía de los tratados de Derechos humanos en el orden jurídico interno

La Constitución Nacional argentina de 1994 especificó la relación jerárquica entre el derecho interno e internacional, al otorgar jerarquía constitucional a los tratados de Derechos humanos nominados en el art. 75, inc. 22 “en las condiciones de su vigencia”⁴⁷. La CSJN contribuye a aclarar dicho precepto, al entender que la expresión significa “tal como efectivamente rigen en el ámbito internacional”⁴⁸. Va de suyo, que ello importa tener en cuenta el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir, con el alcance de la obligación internacional derivada de las eventuales reservas y declaraciones interpretativas a las que el Estado se hubiere acogido, así como acorde a la interpretación de las cláusulas de las convenciones emanada de la jurisprudencia internacional⁴⁹.

El inc. 22 establece además, que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (arts. 1 a 35). Su simple inclusión en el texto “indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”⁵⁰.

Al ratificar los instrumentos rectores de los derechos humanos, los Estados adquieren compromisos éticos para con la colectividad, lo cual reviste singular importancia para la protección de los inmigrantes, pues supone extender el respeto a los derechos y la dignidad de la persona a todos los habitantes del país, nacionales o extranjeros, por su sola condición humana. Esta política se refleja en la Constitución Nacional que mantiene el Preámbulo del texto de 1853 que explícitamente extiende los

⁴⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003 solicitada por México bajo el epígrafe “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados”, párr. 118.

⁴⁷ Los tratados mencionados son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁸ CSJN, 7 de abril de 1995, “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, ED, 163-161.

⁴⁹ Criterio seguido por la CSJN en el caso “Ekmekdjian, Miguel A v. Sofovich, Gerardo y otros”, 7 de agosto de 1992, al expresar “Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José...”, considerando 21 del voto de la mayoría, LL, 1992-C-543.

⁵⁰ CSJN, 27 de diciembre de 1996 “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Estado y Servicios Públicos s/Reajustes por movilidad”, con nota a fallo de BULIT GOÑI, LUIS G. “Chocobar: principios para un mejor futuro previsional”, LL, 1997-B-240. En su respectivo comentario titulado “Jurisdicción constitucional de los tribunales internacionales”, ED, 18/3/98, BARRA, RODOLFO C., menciona también la sentencia de 26/12/96 “Monges, Analía c. Universidad de Buenos Aires”, ED, 173-272.

derechos fundamentales a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, e incluso el artículo 25 establece:

“El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes”.

La integración como participación social se asegura cuando dispone que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles de los ciudadanos, sin obligación de naturalizarse (art. 20). Asimismo, los artículos 14 y 14 bis consagran claramente la protección de los derechos civiles, culturales y económicos-sociales a todos los habitantes de la Nación: “... conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...” (art. 14). En esta nueva realidad de nuestro mundo globalizado, caracterizada por intensos flujos migratorios que han ido transformando las sociedades, resulta conveniente diferenciar y delimitar las nociones de sociedad pluricultural y sociedad multicultural, así como definir el concepto de interculturalidad.

En esta nueva realidad de nuestro mundo globalizado, caracterizada por intensos flujos migratorios que han ido transformando las sociedades, resulta conveniente diferenciar y delimitar las nociones de sociedad pluricultural y sociedad multicultural, así como definir el concepto de interculturalidad.

IV. ¿Son términos sinónimos sociedad pluricultural y sociedad multicultural?; ¿Qué es una sociedad multicultural?; ¿Cuál es la diferencia entre multiculturalidad e interculturalidad?

Para responder al primer interrogante, seguimos al profesor belga J.Y. Carlier en la delimitación de ambos conceptos. Así, sostiene que “la Europa pluricultural es ya aquella en la que se amalgaman, entre sus Estados miembros y en el seno de cada Estado, varias culturas antiguas y distintas”, de carácter religioso, lingüístico, nacional, étnico, etc. Mientras que la “Europa multicultural es también aquella que se encuentra y a veces se confronta con nuevas culturas nacidas de recientes migraciones exteriores. Testimonio de ello, la cultura musulmana”⁵¹.

Los movimientos migratorios internacionales, fueron gestando en los países de acogida “sociedades multiculturales”, es decir, sociedades caracterizadas por la convivencia de “diferentes modelos de vida, procedentes de multitud de países y cultura, y regidos por sistemas jurídicos diferentes”⁵². Dicho de otra forma, un rompecabezas de razas, multiplicidad de idiomas, abanico de religiones y culturas en un determinado ámbito o espacio territorial y social. La multiculturalidad pone el acento en la cultura e historia propia, como un paso necesario para reclamar el reconocimiento activo de lo diferente. Esta idea del derecho a la diferencia se conecta con la política del reconocimiento -desarrollada especialmente por Charles Taylor- que afirma que existe una íntima y esencial relación entre nuestra identidad (la interpretación que hacemos de quiénes somos y cuáles son nuestras características fundamentales) y el reconocimiento (o ausencia de éste, o un falso reconocimiento) que tenemos por parte de los demás, así también por nosotros mismos. Aboga por políticas permanentes a favor de las distinciones nacidas de la defensa de la propia identidad, mientras la política de la dignidad defiende la garantía de oportunidades en plano de igualdad. Sitúa el reconocimiento igualitario en el centro de los valores y virtudes de una sociedad

⁵¹ CARLIER, JEAN -YVES, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, CALVO CARAVACA, A.L./IRIARTE ÁNGEL, J.L., ed. Colex, Madrid, pp 27-38, esp. p. 27.

⁵² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Nº 21., año 2003., pp. 109/143.

democrática sana; su rechazo puede causar daño a quienes se les niega. No sólo el feminismo contemporáneo sino también las relaciones raciales y las discusiones del multiculturalismo se orientan por la premisa de que no dar este reconocimiento puede constituir una forma de opresión⁵³. Lo primordial es que cada cultura pueda mantener su identidad dentro de un contexto plural y, al mismo tiempo, se posibilite la convivencia entre todas.

Es también importante definir el concepto de interculturalidad que no puede confundirse con el término multiculturalidad que, se ha visto, subraya la identidad de cada cultura, los derechos de cada cual, el sistema jurídico de cada pueblo y ello conlleva acentuar la diversidad. De allí, que para la multiculturalidad la convivencia social surja del respeto y aceptación del otro. En tanto que la aportación específica de la perspectiva intercultural está en el “énfasis en el terreno de la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciados”. Su preocupación es abordar la relación entre las culturas, buscando las convergencias sobre las cuales establecer vínculos y puntos en común. El núcleo de este planteamiento radica en el aprendizaje mutuo, la cooperación, el intercambio, la convivencia entre diferentes⁵⁴.

Así, se ha expresado que “en las sociedades multiculturales es necesario un proceso social de interacción entre la población autóctona y extranjera (concretamente, inmigrante) y de construcción de su propia identidad, proceso que pasa por un diálogo con los otros, atendiendo a sus semejanzas y diferencias, a fin de conseguir una verdadera convivencia plural y que la sociedad de acogida establezca como paradigma la integración social de la población inmigrante. Se trata de un proceso bidireccional o multidireccional en el sentido de que el inmigrante no sólo debe asumir las pautas establecidas en la sociedad de destino, sino también ésta ha de adaptarse a las formas de vida de las personas que viven en su seno, lo que requiere un proceso de interacción (mutua) entre formas de vida y costumbres distintas, teniendo en cuenta que en las sociedades de origen los inmigrantes o extranjeros han sido socializados de acuerdo a unas directrices o culturas diferentes. Por tanto, se requiere un compromiso o implicación por parte de la sociedad civil que tienda a favorecer dicha integración social”⁵⁵. Es decir, se plantea la necesidad de fortalecer la integración social de los inmigrantes, la cual debe alentarse sin perder de vista la preservación de la diversidad cultural, histórica, étnica y religiosa de aquellos. De acuerdo con lo que acabamos de ver, la inmigración presenta nuevos ámbitos de problemas que requieren una atención multidisciplinaria, atento la complejidad y dimensión que ellos presentan.

V. Primera reflexión

La multiculturalidad es una realidad en muchos países hace ya largos años y designa la coexistencia de diferentes modelos de vida, culturas, etnias o religiones en los países de destino. Para lograr la integración social de las personas que viven en contacto con más de un país y un ordenamiento jurídico, esto es, la convivencia pacífica entre la población autóctona y extranjera que residen de forma habitual en un mismo territorio, será fundamental la cooperación entre los países a nivel bilateral, regional y multilateral, a fin de encarar fenómenos de alcance mundial como la migración internacional. Al ratificar los tratados, los Estados adquieren el compromiso de “respetar, proteger y garantizar los derechos humanos: respetar significa no interferir de modo alguno en la

⁵³ TAYLOR, CHARLES, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 43- 45, 52, 55, 58-59.

⁵⁴ GIMÉNEZ ROMERO, CARLOS, “Pluralismo. Multiculturalismo e interculturalidad”. Propuesta de clarificación y apuntes educativos. Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2044239

⁵⁵ MULERO GARCÍA, JUAN SIMÓN, “Integración social, derecho a la diferencia y relaciones jurídico-privadas internacionales”, Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, publicado el 16/12/2011, p. 157.

capacidad de las personas de ejercer sus derechos, proteger consiste en administrar medidas contra los violadores de derechos y garantizar⁵⁶ implica emprender acciones legislativas, presupuestarias y judiciales para el ejercicio cabal de los derechos⁵⁷.

No obstante, en el proceso de integración en las sociedades de acogida afloran los conflictos que se traducen en el rechazo, la xenofobia y la estigmatización de los sujetos migrantes. Estos actos de intolerancia, alimentados por la recesión y el desempleo, han llevado a un incremento de las hostilidades que amenazan la dignidad y los Derechos humanos fundamentales de las personas involucradas en la migración. Mientras rigen los instrumentos jurídicos específicos para su protección, las tensiones culturales y las actitudes negativas arrojan sombras sobre el presente.

Por ese motivo, la UNESCO hizo un llamado al mundo mediante la Declaración de Principios sobre la Tolerancia, proclamada y firmada por los Estados miembros el 16 de noviembre de 1995⁵⁸. El documento tiene por objeto fundamental desterrar las intolerancias modernas como la violencia, el terrorismo, la xenofobia, el nacionalismo agresivo, el racismo, el antisemitismo, la exclusión, la marginación y discriminación perpetrados contra minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, refugiados, trabajadores migrantes, inmigrantes y grupos vulnerables de la sociedad, etc.

La Declaración afirma que la tolerancia no es lo mismo que concesión, condescendencia o indulgencia. Es el reconocimiento de la gran variedad de culturas en el mundo, de las formas de expresión y de las maneras de "ser humanos". La tolerancia es el respeto de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás. La gente es naturalmente diversa, sólo la tolerancia puede asegurar la supervivencia de comunidades heterogéneas en cada región del mundo. Describe la tolerancia no sólo como un deber moral, sino como un requerimiento legal y político de los individuos, grupos y Estados. La sitúa en el marco del derecho internacional sobre derechos humanos, elaborados en los últimos cincuenta años y pide a los Estados que legislen para proteger la igualdad de oportunidades de todos los grupos e individuos de la sociedad⁵⁹.

Se considera que la tolerancia tiene varios niveles que van desde la aceptación resignada de la diferencia para mantener la paz, hasta la actitud de adhesión y admisión entusiasta por la diferencia⁶⁰. Este último estadio podría ayudar a mitigar los efectos nocivos de la intolerancia y hacer posible la convivencia pacífica - no sólo la

⁵⁶ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "garantizar" implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del Art. 1.1 de la Convención (opinión consultiva N° 11/90 del 10/8/90 – "excepciones al agotamiento de los recursos internos", párr. 34). Garantizar comprende, asimismo, "el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (id., párrafo 23)."

⁵⁷ Migración internacional, derechos humanos y desarrollo. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Documento preparado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL, para la reunión del Comité Especial sobre Población y Desarrollo del XXXI período de sesiones de la CEPAL del 2006. Capítulo V. Los derechos humanos de las personas migrantes, p. 286.

⁵⁸ Aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 28a reunión llevada a cabo en París.

⁵⁹ Cfr. sitio oficial relativo al Día Internacional para la Tolerancia de las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/es/events/toleranceday/background.shtml>

⁶⁰ Los otros niveles de la tolerancia son: estado de indiferencia, estoicismo moral y curiosidad que coinciden con los cinco modelos históricos de WALZER, MICHAEL, en el *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 25-26.

coexistencia- entre grupos humanos con diferentes historias, culturas e identidades⁶¹. No es posible hablar de la integración social de los inmigrados si no se tienen garantizados los derechos inherentes a todos los seres humanos.

Siguiendo las directrices de la Declaración, una sociedad sustentada en los principios de la tolerancia debería tratar a quienes la integran con igual consideración y respeto, así como establecer las normas de convivencia que faciliten el entendimiento mutuo, porque “La tolerancia hace posible la diferencia; la diferencia hace necesaria la tolerancia”⁶².

Desde la perspectiva iusprivatista y antes de deslindar las cuestiones que plantea el acontecimiento migratorio en el estatuto personal considero necesario precisar esta categoría general.

VI. Estatuto personal. Precisión del ámbito de aplicación material

El estatuto personal es un término ambiguo que mezcla dos conceptos jurídicos distintos: a) el estado de la persona; y b) el estatuto o ley aplicable a la persona⁶³. Por ello, “con la expresión estatuto personal se han designado distintas realidades: a) el estatuto personal son las leyes o normas jurídicas que regulan las cuestiones relativas a las personas; b) el estatuto personal es el conjunto de materias que se rigen por la ley propia de la persona, es decir, es el ámbito de la ley personal; c) el estatuto personal es el conjunto de instituciones relativas a la persona con independencia de la ley que las regule”. En la actualidad, se ha impuesto la tercera definición. Así, puede definirse el “estatuto personal como el conjunto de cuestiones jurídicas relativas a la persona física”⁶⁴.

Ante este panorama, el debate se centra en determinar qué institutos quedan comprendidos dentro de dicha categoría, cuya amplitud varía en los distintos ordenamientos jurídicos internos. De la superficial consideración del Derecho comparado se advierte que las legislaciones pueden encausarse en tres vertientes: desde la más estricta en la que el estatuto personal estaría conformado por el estado civil y la capacidad de las personas, junto a sus derechos inherentes, y que tienen por finalidad la de proteger el carácter individual e irrepetible de la persona humana (el derecho al nombre, a la imagen, a la intimidad, al honor, entre otros), pasando por la intermedia que añade además las relaciones jurídicas familiares (matrimonio, divorcio, filiación), hasta la concepción más amplia que agregaría a lo anterior la sucesión *mortis causa*⁶⁵. Así por ejemplo, con excepción de Francia, la mayor parte de los derechos europeos vinculan los regímenes matrimoniales al estatuto personal pero excluyen las sucesiones *mortis causa* (salvo el sistema español de DIPr.⁶⁶, la Ley Federal austríaca sobre DIPr. de 1978 y Países Bajos).

⁶¹ TEJEDA GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS, “La política de la tolerancia”, Política y cultura, n° 21, México, 2004, pp. 21/35.

⁶² WALZER, MICHAEL, *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, ob. cit., p. 13.

⁶³ Esfuerzo casi personal de Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) la concepción estatutaria reconocía que: la capacidad de goce y ejercicio se regulaba por el estatuto personal, o ley de origen de las personas que era excepcional; los derechos referentes a la propiedad por el estatuto real o ley del país en que se hallasen los bienes, y los actos jurídicos, por sometimiento a las leyes del territorio en que se celebrasen.

⁶⁴ CALVO CARAVACA, ALFONSO L/CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Derecho Internacional Privado*, vol. II, décima edición, Comares, Granada 2009, p. 14.

⁶⁵ RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2010), Vol. 2, N° 1, pp. 186-202, esp. p. 187, versión disponible en www.uc3m.es/cdt

⁶⁶ El artículo 9.1 del CC prescribe: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”.

Desde la óptica americana, entre otros ordenamientos jurídicos, el Código Civil argentino introduce dentro de esa formulación genérica de estatuto personal todo lo referente a la capacidad e incapacidad como a los atributos de la persona física (nombre, apellido, imagen, intimidad, honor, entre otros) los efectos jurídicos que corresponden al estado (matrimonio, efectos del matrimonio, disolución, filiación, adopción, patria potestad, parentesco, alimentos...), ausencia, sucesión *mortis causa*. El Derecho brasileño vigente en 2002, incluye en el estatuto personal, el inicio y el fin de la personalidad, el nombre, la capacidad, los derechos de familia, la sucesión por muerte o ausencia. En el Código Civil paraguayo, el estatuto personal abarca las cuestiones referidas a la capacidad e incapacidad de hecho de las personas, el nombre, la sucesión *mortis causa*.

En el Código de la familia marroquí (2004) la dimensión de la noción de estatuto personal es más amplia que aquella que pueda tener en el sistema occidental. Cubre esencialmente el estatuto familiar de una persona con las dimensiones normativas que le atribuye el sistema jurídico al que pertenece. De este modo, el estatuto personal que depende del sistema jurídico árabe-musulmán cubre las reglas de fondo y de forma relativas al matrimonio, a sus efectos personales, matrimoniales y pecuniarios, a la filiación (la ley prohíbe la adopción pero reconoce la *kafala*⁶⁷ y el *tanzil*⁶⁸) a la disolución del matrimonio (divorcio, defunción) y a las sucesiones⁶⁹.

Lo cierto es que el concepto del estatuto personal resulta problemático y discutido tanto por la doctrina como por el deslinde de las materias que cada ordenamiento jurídico incluye dentro de esta categoría. De allí, que se haya afirmado que “el estatuto personal está sufriendo una cierta desintegración, desintegración que no proviene de un conflicto de reglas sino que cala mucho más hondo y responde incluso a un conflicto de sistemas, de principios, que responde a una manera de entender al hombre y sus relaciones, distinta de la que venía imperando” . Actualmente, se está abriendo camino una nueva noción del estatuto personal basada en la protección de los intereses de la persona y en la defensa de una cierta seguridad jurídica⁷⁰.

Como ha sido expresado, la familia no está exenta del proceso migratorio mundial sino que se refuerza en la actualidad por medio de las denominadas familias transnacionales, cuya característica es la dispersión de sus integrantes en distintos países, el de origen y de destino. Los diferentes antecedentes sociales, económicos, o culturales de las sociedades originarias de la población migrante, han introducido formas familiares nuevas y desconocidas a muchos países de destino, que deben tratarse de conformidad con la normativa internacional sobre derechos humanos.

La convivencia de individuos, grupos y comunidades de diversidad cultural, étnica, lingüística, religiosa, etc. y en la medida que la familia constituye uno de los factores clave para promover la integración social del inmigrante se nos plantea otro interrogante:

VII. ¿Existe una noción unívoca de familia?

⁶⁷ La *kafala* (similar a un acogimiento permanente) de un menor requiere una sentencia judicial de declaración de abandono de éste, es constituida y ejecutada por orden judicial y se acompaña de autorización judicial para que la persona que ha acogido al menor pueda, si es el caso, establecerse con él de manera permanente en el extranjero.

⁶⁸ El *tanzil* es una institución que permite remediar la carencia de derechos sucesorios, asegurando un sucesor a la persona que no tiene descendencia.

⁶⁹ BELMIR SAADIA, “El Derecho de Familia en Marruecos”, versión disponible en www.cidob.org

⁷⁰ FERNÁNDEZ FLORES, JOSÉ LUIS, “El estatuto personal y su problemática”, disponible en: dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/19858/1/ADI_I_1974_0

Los tratados relativos a los Derechos humanos protegen la familia pero se abstienen de dar un concepto aceptado universalmente, pues prima su rol fundamental de constituir “el elemento natural y fundamental de la sociedad”⁷¹. Con el fin de identificar el grupo social al cual es posible calificar como familia, examinaremos algunas disposiciones de la normativa internacional y de la legislación argentina.

a) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

En el Convenio, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, la protección de la vida familiar se desprende, sobre todo, del art. 8⁷² y de la disposición que afirma que el goce de los derechos y libertades reconocidos ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (art. 14). Aunque tampoco proporciona una definición básica de la institución.

La construcción amplia del concepto ha sido obra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinada por las circunstancias del caso. Así, ha dicho una y otra vez en su jurisprudencia que la noción de familia con arreglo al art. 8 del citado Convenio no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros lazos de "familia" de facto cuando las partes viven juntas sin estar casadas. Un niño nacido de tal relación, forma parte *ipso jure* de esa unidad "familiar" desde el momento de su nacimiento y por el mismo hecho de ese nacimiento⁷³. La protección de la vida familiar garantizada en dicha norma, debe extenderse a un reconocimiento legal por parte del Estado de la relación familiar extramatrimonial, que incluirá no sólo la relación entre madre natural e hija, sino también entre ésta y la familia de aquélla⁷⁴.

b) Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

⁷¹ Vgr. Art. 16 ap. 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966; art. 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969.

⁷² Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁷³ Apartado 43 de la decisión favorable a un padre al que se le había denegado el "régimen de visitas" sobre la base de las declaraciones de su hijo de cinco años, nacido fuera del matrimonio, víctima del síndrome de alienación parental. El padre empieza un largo calvario judicial para lograr que se reconozca su derecho de visita, que las sucesivas instancias de los tribunales alemanes le deniegan, basándose en que la mala relación entre los padres exponía al niño a un conflicto de lealtad. Por último, recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien estima que había existido violación del art. 8 considerado conjuntamente con el art. 14 del Convenio, por lo que en la sentencia dictada el 13 de julio de 2000, le da parcialmente la razón al demandante e impone al Estado alemán el pago de una indemnización. Para entonces habían pasado diez años desde que el padre dejó de ver a su hijo. Consejo de Europa Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Caso Elsholz contra Alemania” (Demanda n° 25735/94), Estrasburgo 13 de julio de 2000, la sentencia puede verse en www.secuestro-emocional.Org/Doc/ proporcionada por IRM SA.

⁷⁴ “STEDH Marchx contra Bélgica” de 13 de junio de 1979, citada por Sylvia Martí Sánchez, Javier Sánchez Sánchez y Tatiana Recoder Vallina, en “Los Derechos en el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: Un análisis, Universitas”; Revista de Filosofía, Derecho y Política”, n° Comentarios 5, enero 2007, p.127.

Por igual sendero se encamina la Convención de 18 de diciembre de 1990, pues reconoce una forma y estructura más amplia de la familia, fuera de los límites del matrimonio. El término familiares se circunscribe a:

- Cónyuges de los trabajadores migratorios;
- Personas que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio;
- Hijos a su cargo;
- Otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate (art. 4).

c) Organización Internacional del Trabajo

El Convenio N° 143 de 1975 delimita el alcance del art 13, al cónyuge del trabajador migrante y, en la medida en que estén a su cargo, a los hijos, al padre y a la madre del migrante.

d) Carta Social Europea

En la Carta Social, revisada en 1996, "La expresión 'familia del trabajador extranjero' se interpretará en el sentido de que se refiere a la esposa del trabajador y a sus hijos menores de 21 años que vivan a su cargo." (CSE, anexo, parte II, art. 19, párr. 6).

e) Directiva 2003/86/CE

La Directiva del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, delimita la familia migrante a la nuclear: el cónyuge y los hijos menores de edad (considerando 9). Esta nueva Directiva refleja cambios en la estructura social de los países europeos e incluye, por primera vez en la lista de miembros de la familia para fines de reunificación y sujeta al juicio del país huésped, la pareja no casada del migrante con quien tiene una relación estable debidamente probada y la pareja registrada del migrante. La lista comprende además:

- cónyuge del reagrupante;
- hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos;
- hijos menores incluyendo hijos adoptados del reagrupante cuando tenga la custodia y los tenga a su cargo;
- hijos menores, incluidos los hijos adoptados del cónyuge cuando éste tiene la custodia y los tenga a su cargo.

Sólo en determinadas circunstancias, cabe incluir a los ascendientes⁷⁵.

En definitiva, la determinación de la familia del trabajador migrante se asienta en el criterio preferente y excluyente de la dependencia económica.

f) Legislación nacional

En Argentina, cada vez se van ampliando los derechos de las familias de hecho, así el Anexo 1° del Decreto 415/2006, reglamentario de la ley 26.061⁷⁶ expresa: *Se entenderá por "familia", o "núcleo familiar". "grupo familiar", "grupo familiar de origen", "medio familiar comunitario" y "familia ampliada", además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de*

⁷⁵ OIM Derecho Internacional y Reunificación de la Familia, disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/developing-migration-policy/migration-family/international-law-family-reunification/lang/es>

⁷⁶ "De protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes", Boletín Oficial, 26/10/2005.

líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección” (art. 7).

La complejidad dada por distintas variables sociales, económicas y culturales entre los países, sugiere que en el futuro inmediato no se llegará a un acuerdo en la identificación de qué ha de entenderse por familia que involucre y describa la realidad actual, sino que el concepto es definido de diversa manera en atención a la concreta finalidad de la regulación en la que se recoge.

Desde otro ángulo, debemos tener presente que la multiculturalidad implica la convivencia de diferentes modelos de familia que reflejan diferentes concepciones culturales de esta institución procedentes de todo el mundo. Hoy se ha ampliado el concepto legal de familia y de matrimonio, entre estas nuevas realidades sociales podemos mencionar las siguientes: familias monoparentales⁷⁷, familias ensambladas, uniones de pareja (registradas o de hecho), matrimonios homosexuales (Holanda⁷⁸, Bélgica⁷⁹, España⁸⁰, Québec⁸¹, Argentina⁸², entre otros), matrimonios heterosexuales⁸³, matrimonios contractuales islámicos⁸⁴, matrimonios poligámicos⁸⁵, matrimonio internacional de transexuales, los avances en el campo de la biotecnología (reproducción asistida con un donante distinto del marido, la determinación de la filiación derivada de un vientre de alquiler por personas de distinto o mismo sexo).

Este panorama no es extraño a nuestro país ni a nuestra región, por el contrario, en los últimos años algunos países de Latinoamérica se han convertido en la actualidad en multiculturales con motivo de la llegada y presencia de población inmigrante. Los efectos de la migración internacional son tan complejos como sus causas, tanto en los países de origen como en los de destino. Se trata de un fenómeno multidireccional en el que muchos países son a la vez países de emigración e inmigración.

⁷⁷ La familia monoparental se configura cuando un progenitor biológico convive sólo con sus hijos, puede ser de origen matrimonial, extramatrimonial, o con descendientes logrados a través de prácticas de fecundación asistida. Una detallada clasificación de los distintos modelos de la familia posmoderna, puede verse en FANZOLATO, EDUARDO I., “El concepto de familia en el derecho latino”, Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001, p. 324 y ss.

⁷⁸ A través de la Ley de 21 de diciembre de 2000, que modificó el Libro Primero del Código Civil, Holanda es primer país en Europa que abre el matrimonio con plenos derechos y la adopción a las parejas del mismo sexo. En Alemania y países escandinavos, las parejas homosexuales pueden formalizar su unión civil, pero no adoptar.

⁷⁹ La Ley de 13 de febrero de 2003, que modifica el Código Civil, también legaliza los matrimonios de las parejas del mismo sexo.

⁸⁰ La Ley 13/2005 reforma el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y legaliza los matrimonios entre contrayentes del mismo sexo.

⁸¹ La pareja registrada es una institución jurídica abierta a las uniones heterosexuales y a las homosexuales.

⁸² Ley 26.618, publicada en el Boletín Oficial el día 22 de julio de 2010, denominada de matrimonio igualitario, cuyos efectos comparables al matrimonio se da cuando “se admite la adopción o si se logra tener descendencia biológica por medio de técnicas de procreación asistida cuya evolución futura es difícil de prever”, BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, p. 8. En Latinoamérica las uniones de parejas homosexuales tienen reconocimiento legal a nivel nacional en Colombia, Ecuador y Uruguay.

⁸³ Legislaciones de países de raíz romano germánica y del Common Law, China, Japón, etc.

⁸⁴ Contrato que autoriza a las partes a disfrutar legalmente el uno del otro. Casi todos los autores coinciden en señalar que el matrimonio musulmán significa la legalización de las relaciones íntimas entre los cónyuges, conf. LINANT DE BELLEFONDS, Y., Vol. II, 1965, p. 23, citado por GARCÍA RODRÍGUEZ, ISABEL en La celebración del matrimonio religioso no católico, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 61.

⁸⁵ Países que se rigen por la ley religiosa musulmana (sharia) –vgr. Afganistán, Indonesia, Irán, Pakistán- o que se practica de acuerdo a las costumbres –vgr. Camerún, Mozambique, Senegal, Sudán-.

Desde una perspectiva jurídica, hay que atender a esta progresiva complejidad social, fruto de los desplazamientos de población y ello obliga a replantear la función y técnicas de reglamentación del DIPr., con la finalidad de “proponer respuestas a las actuales ‘situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración’, que están teñidas por un componente socio-económico (y otro cultural), debiendo –asimismo– actualizar sus técnicas de reglamentación con el objetivo del reconocimiento de los ‘derechos culturales’ de las personas extranjeras e inmigrantes, concretamente, en lo relativo a sus relaciones personales y de familia, mediante la toma en consideración de las particularidades de sus ordenamientos de origen”⁸⁶.

El examen de los criterios de conexión que permitan la apertura a otros sistemas jurídicos y culturales, que tengan en cuenta los distintos escenarios en que estas normas deben ser aplicadas para facilitar la integración social de las personas que migran, será el tema a analizar en el siguiente epígrafe.

VIII. Conexiones localizadoras del derecho aplicable

La precisión del concepto de estatuto personal reviste particular interés tanto desde la perspectiva de la competencia internacional de los tribunales como del derecho aplicable, manifestándose en igual medida en el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. La respuesta a las cuestiones referidas depende de conexiones jurídicas utilizadas en distintos períodos y ámbitos que oscilan, en esencia, entre el domicilio, la nacionalidad y la residencia habitual.

a) Domicilio

La sistematización doctrinaria del problema se remonta a los estatutarios desde los siglos XIII al XVIII. Estos autores distinguían entre estatuto personal, que regulaba todo lo concerniente a la persona y el estatuto real relativo a los bienes. La característica del primero reside en la extraterritorialidad, esto es, acompaña a la persona cualquiera que sea el lugar donde se encuentre. En esta primera etapa del desarrollo o de la escuela personalista, el factor de conexión elegido fue el domicilio, “por tratarse de un concepto mejor adaptado a la perspectiva puramente interna de los conflictos de Leyes”⁸⁷.

En cuanto a la noción del domicilio, existen discrepancias en los ordenamientos internos acerca de cuales son sus elementos constitutivos, por lo que nos limitaremos a recordar que ciertos textos convencionales han incorporado definiciones de este concepto legal: Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (art. 5), Convención Interamericana sobre domicilio de las persona físicas en el Derecho internacional privado (Montevideo 1979, art. 2); Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley de domicilio (art. 5).

: La ley domiciliar la emplea el Código de Brasil a partir de 1942 cuando sustituye el criterio de la nacionalidad adoptado por la Ley de Introducción al Código Civil de 1916. Su rasgo dominante es regir por la ley del domicilio de la persona el comienzo y fin de la personalidad, el nombre, la capacidad y los derechos de familia (art. 7). El derecho brasileño vigente en 2002 consolidó el domicilio como principal punto de conexión para regir los diversos aspectos básicos relativos al individuo.

Sigue esta corriente legislativa el Código Civil argentino de 25 de septiembre de 1869⁸⁸, que en algunas disposiciones también se hace eco de las teorías de Story al

⁸⁶ MULERO GARCÍA, JUAN SIMÓN, “Integración social, derecho a la diferencia y relaciones jurídico-privadas internacionales”, Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, art. cit., p. 153.

⁸⁷ RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, art. cit., p. 187.

⁸⁸ En el Código Civil argentino, todas las cuestiones comprendidas en el estatuto personal son regidas por la ley del domicilio de la persona de que se trata.

admitir la territorialidad de las incapacidades contrarias a la naturaleza, como la esclavitud o de carácter penal (art. 9) y el ámbito concedido a la ley domiciliaria en materia de relaciones familiares de la persona de que se trata. A ese mismo grupo pertenece el Código Civil paraguayo, reformado en 1985, que sostiene la ley del domicilio como criterio básico en cuanto a la capacidad e incapacidad de hecho de las personas físicas, al margen del lugar de celebración del acto o de la situación de los bienes de que se trate (arts. 11 y 12). Por la conexión domicilio también se inclina el Código Civil uruguayo para regir el estado, las condiciones y las consecuencias de la capacidad (art. 2393).

La conexión domiciliar tiene fuerte presencia en los instrumentos internacionales de la región, tal como puede apreciarse en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 en el ámbito de la capacidad de la persona física (art. 1), de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges (arts. 12, 41 y 42) y de la separación conyugal y disolución del matrimonio (art. 13). La vigencia de la ley domiciliar en la esfera personal se mantiene en la versión de 1940, por cuanto permite aplicar las leyes locales a las personas que se hallen domiciliadas dentro de las fronteras, así sean nacionales o extranjeras.

Por el criterio domiciliar también se decanta el sistema del *common law*, por la aplicación de una norma de conflicto de jurisdicciones que otorga competencia internacional a los tribunales de la residencia, aplicando éstos su *lex fori*⁸⁹. Es decir, la ley que rige los casos internacionales en materia de familia es siempre la ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto.

La opción legislativa por la conexión domiciliaria conduce a que se imponga a quienes pertenecen a culturas diversas la ley del Estado de acogida. Esta técnica de regulación no está exenta de críticas, pues se sostiene que trae aparejada la extinción de los lazos del emigrante con su país y cultura de origen, eliminándose la convivencia e intercambio multicultural en las sociedades de recepción. Además, se trata de un concepto jurídico cuya comprobación resulta más difícil⁹⁰.

b) Nacionalidad

A finales del siglo XIX y por razones históricas muy concretas, P.S.Mancini formuló el principio de identidad entre nación y Estado, sustituyendo el estatuto domiciliario por el estatal y aplicando la ley nacional como estatuto personal (1851). A partir de ese momento, se rompió la unidad en el sistema del estatuto personal y la nacionalidad y el domicilio comenzaron a disputarse el favor de los autores y de los sistemas jurídicos.

El Código Civil francés de 1804 lanzó la idea de aplicar al estatuto personal la ley de la nacionalidad, al establecer que las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas regían a los franceses aunque residiesen en el extranjero (art. 3, inc. 3).

No está de más recordar que, desde 1948 los instrumentos internacionales relativos a los Derechos humanos proclaman que toda persona física tiene derecho a adquirir una nacionalidad y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela⁹¹. Así también, que es el Estado el que tiene competencia para regular la

⁸⁹ CARLIER, JEAN -YVES, "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", art. cit., p.31.

⁹⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, ed. Comares, Granada 2000, p. 61.

⁹¹ Vgr. art. 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 30 de marzo de 1948; art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el art. 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 establece que "todo

adquisición y pérdida de la nacionalidad pero, sobre todo, en consonancia con lo dispuesto por la normativa internacional que hubiera sido suscripta.

En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso *Nottebohm* de 6 de abril de 1955, reconoció que internacionalmente, si bien cualquier Estado es libre de establecer los requisitos para otorgar la nacionalidad, debe existir una suficiente conexión para que pueda internacionalmente ser considerado nacional y, en consecuencia, ejercer la protección diplomática a su favor. La Corte sintetizó esta noción en los siguientes términos: “*La nacionalidad es un vínculo legal que tiene su base en el hecho social del enraizamiento, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de recíprocos deberes y derechos ...el individuo al cual le es conferida directamente por la ley o como resultado de un acto de las autoridades, está de hecho, más vinculado a la población del Estado que le confiere la nacionalidad que a la de cualquier otro Estado*”.

El sistema de la nacionalidad tuvo excelente acogida en toda Europa continental, sea en la codificación interna, con excepción de Noruega y Dinamarca, como internacional del DIPr. (Convenios de La Haya de 1902⁹² en materia de matrimonio, separación, divorcio y tutela de menores y de 1905 relativa a los efectos del matrimonio).

La observación del Derecho comparado demuestra que los Estados se inclinan por una u otra conexión dependiendo de sus intereses, y especialmente de su posición en los flujos internacionales de migración⁹³. Por ejemplo, en Suiza, el sistema ha vuelto al predominio del domicilio sobre la nacionalidad, tanto en materias de estatuto personal en general como en materia matrimonial (art. 33 de la Ley Federal sobre DIPr. de 18 de diciembre de 1987). La ley alemana que contiene la reforma del DIPr. de 25 de junio de 1986 consagra abiertamente el principio de la nacionalidad. Así, el estatuto personal viene fijado por la nacionalidad y si el sujeto en cuestión posee varias nacionalidades, deberá aplicarse el derecho del Estado más estrechamente vinculado con él, particularmente por su residencia habitual o eventos característicos de su vida (art. 5). La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio de una persona se rigen por su Derecho nacional (art. 7), y la interdicción de un nacional de un Estado extranjero por el de la residencia habitual en territorio alemán (art. 8). Con carácter general, en el sistema español de DIPr. las cuestiones relativas a la persona (estado civil, capacidad, relaciones familiares y la sucesión *mortis causa*) se rigen por su ley nacional (CCiv., art. 9).

Existen también sistemas jurídicos en los que se aprecia una cierta convivencia entre la nacionalidad y el domicilio como factores de conexión que rigen el estatuto personal. Así, Suecia y Finlandia aceptan la aplicación de la ley del domicilio en lo que se refiera a otros Estados nórdicos y la ley nacional para los demás casos.

La coexistencia de ambas conexiones sin otorgar primacía a ninguna de ellas, subsiste en la fórmula adoptada por el Código Bustamante de 1928, cuyo art. 7 resulta incapaz para resolver la dialéctica entre la *lex patriae* y la *lex domicilii*, antes bien, deja en libertad a cada Estado contratante para aplicar la ley que disponga su DIPr. nacional.

Desde una óptica multicultural, la utilización de la nacionalidad como criterio de conexión para determinar el ordenamiento aplicable a las instituciones derivadas del estatuto personal en general y al derecho de familia en particular, puede ser considerada

niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”; art. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969; art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

⁹² El art. 1 sometía el derecho de contraer matrimonio a la ley nacional de cada uno de los contrayentes, a menos que una disposición de esta ley se refiera expresamente a otra ley.

⁹³ CALVO CARAVACA, ALFONSO L./y otros, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 23.

como una medida de preservar la identidad nacional, religiosa y cultural de los migrantes, por cuanto permitiría la aplicación del ordenamiento de su país de origen en el Estado receptor a instituciones sensibles desde una perspectiva religiosa o cultural.

En esa línea de razonamiento, se ha propuesto la doble nacionalidad como instrumento de integración jurídica de los inmigrantes extranjeros residentes en el Estado de recepción, destacando la utilidad e incluso la necesidad de esta vía frente a la realidad que en materia de extranjería vive Occidente en estos tiempos. No obstante, a la vez se señala que la nacionalización es una vía larga y onerosa en todos los Estados de inmigración; que conduce en muchos casos a la pérdida de la nacionalidad de origen; y que para amplio sectores de la inmigración del Tercer Mundo (sobre todo del mundo musulmán) se la entiende como renegación de la patria e incluso de la religión⁹⁴.

La nacionalidad de la persona es un punto de conexión que garantiza la aplicación de una sola ley estatal a las cuestiones jurídicas relativas al individuo. Al ser una conexión estable, evita fraudes y potencia la seguridad jurídica⁹⁵. Por otra parte, se sostiene que resulta más fácil cambiar de domicilio que de nacionalidad⁹⁶, ello en atención a que el cambio del domicilio depende enteramente del individuo, mientras que el cambio de nacionalidad requiere el consentimiento del Estado cuya nacionalidad se adquiere.

Ahora bien, el hecho de abrir la puerta a la aplicación en el territorio de acogida de ordenamientos extranjeros puede dar lugar a la activación del correctivo del orden público internacional por las autoridades del foro (como límite a la aplicación de normas o a la eficacia de decisiones extranjeras) dependiendo del grado de tolerancia o de respeto que hacia estos ordenamientos se tenga en dicho Estado, así como tener presente las dificultades en orden a la prueba del contenido del derecho extranjero declarado aplicable al fondo del asunto⁹⁷. También podría ocasionar la sujeción obligatoria a un modelo de familia con el cual el inmigrante ya no se identifica.

A lo anterior se añade que la nacionalidad, al ser una “conexión formal”, obliga a aplicar a las cuestiones personales la ley de un Estado con el que el individuo no tiene una “conexión real”, basada necesariamente en contactos sustanciales de éste con un país. Al igual que el domicilio, la nacionalidad es una conexión jurídica – requieren una previa definición jurídica de sus conceptos- cuya comprobación resulta más dificultosa, ya que puede ser muy difícil precisar si una persona ha adquirido o ha perdido una determinada nacionalidad, complicándose más aún la investigación frente a casos de múltiple nacionalidad (conflicto positivo) y apatridia (conflicto negativo)⁹⁸. Asimismo, se señala que “el DIPr. es el instrumento mediante el cual la sociedad internacional defiende su unidad contra el fraccionamiento con el cual la amenaza la multiplicidad de los Estados; y esta multiplicidad está precisamente edificada sobre el concepto de la nacionalidad...*La nacionalidad es antifuncional en el DIPr.*”⁹⁹.

⁹⁴ RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, JUAN, “La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 103-Enero-marzo 1999, pp. 171-185.

⁹⁵ CALVO CARAVACA, ALFONSO L., “El ‘Derecho internacional privado multicultural’ y el revival de la ley personal”, *Diario La Ley*, N° 7847, Sección Tribuna, 27/04/2012.

⁹⁶ GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*. 10° ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2009, p. 253.

⁹⁷ RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, art. cit., p. 190.

⁹⁸ CALVO CARAVACA, ALFONSO L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Ley aplicable al divorcio en Europa. El futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2009), Vol. I, N° 1, pp. 36-71.

⁹⁹ GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, ob. cit., p. 253, la cursiva pertenece al autor.

c) Residencia habitual

A mediados del siglo pasado, se advierte una tendencia en la que el domicilio ha ido evolucionando hacia la residencia habitual, más real y flexible que aquél. Noción que prescinde en mayor medida del elemento subjetivo y que garantiza que el estatuto personal se va a regir por el ordenamiento que corresponda al medio social y jurídico en el que se desenvuelve el individuo. El Tribunal de Justicia europeo ha dado en diversas ocasiones una definición de dicho concepto en el sentido que significa “el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable el centro permanente o habitual de sus intereses, que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos de la misma”¹⁰⁰. Interesa resaltar que es un criterio flexible, realista y adaptado al alto grado de movilidad de las personas, pues permite la aplicación de la ley que responde a su ambiente social actual, resultando previsible la aplicación de la ley del país de la residencia habitual de ellas. De este modo, se genera un nivel suficiente de proximidad de una situación con un concreto Estado.

El germen de esta conexión la encontramos en muchos convenios concluidos en el ámbito de la Conferencia de La Haya de DIPr., en especial, a partir de su tercera etapa evolutiva, que regulan materias relativas a la persona. Cabe citar, por ejemplo, la Convención que regula la adopción de medidas encaminadas a proteger la persona y bienes del menor (Convenio de 5 de octubre de 1961) en virtud de la cual se sustituye la solución básica del citado texto de 1902 que consistía en someter la tutela a la ley nacional del menor.

En esa misma línea se enmarcan otras Convenciones que han empleado la residencia habitual para regir situaciones que requieren soluciones urgentes, como la demanda de alimentos, en la que el Convenio de 2 de octubre de 1973 consagra como conexión principal la residencia habitual del acreedor alimentario (art. 4); y como subsidiaria de primer grado la nacionalidad de éste (art. 5). La residencia habitual del acreedor de alimentos, es también la regla general para señalar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias establecida por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007: Esta conexión incide igualmente en materia de sustracción internacional de menores (Convenio de 25 de octubre de 1980); en las cuestiones de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores (Convenio de 19 de octubre de 1996) e incluso en el campo de la adopción internacional (Convenio de 29 de mayo de 1993).

En las convenciones interamericanas, la residencia habitual también se ha consolidado como punto de conexión respecto de las materias relativas a menores, por ejemplo, la Convención sobre adopción internacional (CIDIP III, La Paz, 1984) dispone la aplicación de la ley de la residencia habitual del menor para regir “la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuales son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo” (art. 3). Por otro lado, la Convención sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989) establece la posibilidad de elegir entre las leyes del domicilio o la residencia habitual del acreedor y las leyes del domicilio o la residencia habitual del deudor para encontrar la ley que resulte más favorable al interés del acreedor

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (sala tercera) de 28 de septiembre de 1993, “Pedro Magdalena Fernández contra Comisión de las Comunidades Europeas. - funcionario - requisitos para la concesión de la indemnización por expatriación”, asunto T-90/92; Sentencia del Tribunal de Justicia (sala tercera) de 15 de septiembre de 1994, “Pedro Magdalena Fernández contra Comisión de las Comunidades Europeas. - recurso de casación - funcionario - indemnización por expatriación - falta de residencia habitual en el Estado de destino”, asunto C-452/93, entre otros.

alimentario. La residencia habitual del menor es también la conexión que domina en las Convenciones que contemplan tanto los supuestos de restitución (CIDIP IV, Montevideo, 1989) como de tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994).

La utilización de la residencia habitual como criterio de conexión en el estatuto personal, se ha visto reforzada en las últimas codificaciones estatales de DIPr. (Ley que contiene el Código de DIPr. belga de 2004) y en el DIPr. comunitario uniforme a los Estados miembros de la Unión Europea; instrumentos elaborados para mantener y desarrollar “un espacio de seguridad, de libertad, y de justicia”¹⁰¹ (vgr. Reglamento CE 2201/2003- Bruselas II bis- relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental; Reglamento 4/2009 en materia de alimentos).

En otros instrumentos internacionales el punto de conexión principal es el domicilio de la persona y si éste no pudiera determinarse se pasa a la residencia habitual como criterio para señalar la ley aplicable al estatuto personal. Tal es la solución adoptada por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954 (art. 12)¹⁰².

En virtud de la creciente movilidad de personas (ciudadanas comunitarias o no) que hayan hecho uso de la libre circulación consagrada en la Unión Europea, y con el fin de asegurar la seguridad jurídica y la previsibilidad en materia de sucesiones con repercusión transfronteriza, [el 27 de julio del año pasado el Diario Oficial de la Unión Europea publica el Reglamento \(UE\) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo](#)¹⁰³. La nueva normativa simplifica considerablemente la tramitación de las sucesiones al fijar un criterio único para determinar tanto la jurisdicción como la ley aplicable en los asuntos transfronterizos: el lugar de residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21.1). Este criterio favorece la integración en el Estado miembro de residencia habitual y evita cualquier discriminación contra aquellas personas que tienen su residencia en un Estado del que no son nacionales¹⁰⁴.

Para determinar la residencia habitual, “la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la frecuencia de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento” (Considerando 23).

En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo, y dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía

¹⁰¹ Tratado de la Unión Europea (art. 61), introducido en el Título IV “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” del Tratado de Ámsterdam (entró en vigencia el 1° de mayo de 1999).

¹⁰² Accesoión de Argentina al Estatuto de los Apátridas el 1 de junio de 1972.

¹⁰³ Conforme al art. 84, el Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y será aplicable a partir del 17 de agosto del 2015.

¹⁰⁴ Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo”, Documento COM (2009) 154 final, Bruselas, 14 octubre 2009, p. 7.

su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podría constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas, la nacionalidad del difunto o la localización de los principales bienes en alguno de los Estados miembros (Consid. 24).

En casos excepcionales, la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante sino la ley del Estado con el que el difunto tenía un vínculo manifiestamente más estrecho en el momento del fallecimiento (art. 21.2).

No obstante el auge que ha cobrado el punto de conexión de la residencia habitual de la persona, se le reprocha que resulta una conexión poco multicultural para promover la integración social de las inmigrantes, pues al someterlos obligatoriamente a la ley del país de recepción¹⁰⁵ construye, en numerosas ocasiones, “un obstáculo para el reconocimiento de sus relaciones de vida y familiares en un mundo que es cada vez más internacional y en un contexto que es cada vez más transnacional”¹⁰⁶. Además, puede provocar la aplicación de la ley de un país que presenta una escasa vinculación con el supuesto particular si el sujeto reside habitualmente en un país con el que no tiene “vinculación sustancial”. También se le objeta que se trata de una “conexión volátil” por la facilidad que tiene el individuo de cambiar de país de residencia habitual¹⁰⁷.

1. Nuevos enfoques

A. Autonomía de la voluntad

Los conflictos de civilizaciones que laten tras las conexiones nacionalidad, residencia habitual y domicilio sirvieron de base a la propuesta del profesor J.-Y. Carlier de dejar a los extranjeros elegir entre la ley nacional o la ley del domicilio, introduciendo la opción de legislación en la norma de conflicto. La *professio iuris* “permite una adaptación flexible en el tiempo y en el espacio”. El autor sustenta la autonomía de la voluntad con modalidad limitada en que “Se trata de permitir a los emigrantes ‘re-apropiarse’ de una parte de su vida privada al no imponerles una ley nacional de la cual desearían alejarse o una ley del domicilio que negaría su propia cultura”. Seguidamente, matiza y simplifica esta técnica de opción de derecho, proponiendo “como norma de conflicto la ley del domicilio en defecto de opción por el derecho nacional”¹⁰⁸. De modo que esta solución multicultural favorece la integración voluntaria de los emigrantes extranjeros en el contexto social y jurídico del país de acogida, a la vez que les permite mantener las vinculaciones culturales y jurídicas con su país de origen.

Entre otras razones que avalan la conexión autonomía de la voluntad se aducen, básicamente, que tiene fundamento constitucional, pues impulsa el principio del libre desarrollo de la personalidad; las personas son libres para elegir la ley del país con el que se sienten más estrechamente vinculadas. Mediante esta elección, las personas podrán conocer *a priori* cuál es la ley que regirá su estatuto personal y, en conexión con esto, actúa como un mecanismo de prevención de litigios futuros sobre la ley reguladora de las cuestiones que afectan a su esfera privada, por lo que fomenta la seguridad jurídica y la unidad de la ley aplicable a las relaciones familiares. Por otra parte, el ejercicio de la

¹⁰⁵ CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho de familia internacional*, Ed. Colex, Madrid 2004, p. 25.

¹⁰⁶ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, “El ‘método del reconocimiento’ como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración”, *Revista de Estudios Jurídicos* n° 9/2009 (segunda época), p. 18.

¹⁰⁷ CALVO CARAVACA, ALFONSO L/CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Derecho Internacional Privado*, vol. II., ob. cit., p. 19.

¹⁰⁸ CARLIER, JEAN YVES, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, art. cit.

autonomía de la voluntad facilita la realización de los intereses materiales del sujeto al seleccionar una ley en función de su contenido.

Con miras a reforzar la extensión irresistible de la autonomía de la voluntad y su calidad de conexión multicultural, se ha sostenido que “opera como un criterio válido para la elección de modelos de vida y desarrollo personal. Es un *punto de conexión intercultural*, que resuelve el conflicto de leyes sin provocar *resultados culturales y jurídicos traumáticos*¹⁰⁹.”

a) Derecho de familia

Hace ya tiempo que en materia de Derecho de familia, se ha producido una progresiva penetración de la autonomía de la voluntad como punto de conexión para designar la ley aplicable a determinadas cuestiones internacionales (las relaciones jurídicas vinculadas al matrimonio y a la vida de pareja, a la filiación y al estado civil). Ello ha sido especialmente significativo en el sector matrimonial -en especial, régimen económico del matrimonio- así, ordenamientos como el español permite que los esposos puedan elegir la ley aplicable a los efectos del matrimonio –personales y patrimoniales- en determinadas condiciones: en defecto de ley personal común de los cónyuges y opción limitada a la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos (CC, art. 9.2.1).

Potencia la conexión autonomía de la voluntad en materia de separación y divorcio, el Reglamento UE 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 (Roma III), por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, cuyas disposiciones entraron en vigor en catorce Estados miembros, el 21 de junio de 2012 (art. 21)¹¹⁰.

Se permite a los esposos elegir, con ciertos límites, el derecho aplicable a la disolución o relajamiento del vínculo matrimonial, a fin de contar con mayor previsibilidad, flexibilidad y seguridad jurídica al resolver el conflicto, por cuanto se han concretado temporalmente las conexiones (arts. 5 a 7). Ahora bien, el elenco de posibilidades establecido por el Reglamento está limitado a las leyes que presenten un vínculo significativo con la situación matrimonial¹¹¹. Cualquier pareja no puede elegir cualquier ordenamiento al que se considerara “culturalmente” próximo, pues la elección pivota, principalmente¹¹², entre la residencia habitual de los cónyuges y la nacionalidad de alguno de ellos.

La elección del derecho aplicable debe ser una elección informada para que cada cónyuge pueda evaluar las consecuencias jurídicas que tendrá la designación de la ley en cuestión, es esencial que cuenten con la información necesaria acerca de las legislaciones que puedan escoger para no ver afectados sus derechos e intereses.

Paralelamente a las ventajas que presenta esta teoría de ser respetuosa con la identidad y cultura del individuo, otros autores señalan que la autonomía sólo es plausible cuando la elección de ley es admitida por las dos legislaciones implicadas y los particulares gozan, en ambas, de la libre disponibilidad de sus derechos, pues esta opción

¹⁰⁹ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, “El ‘Derecho internacional privado multicultural’ y el revival de la ley personal”, Diario La Ley, N° 7847, Sección Tribuna, 27/04/2012.

¹¹⁰ Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia.

¹¹¹ ARENAS GARCÍA, RAFAEL/ORÓ MARTÍNEZ, CRISTIAN, “El Reglamento Roma III: la nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio”, blog del Area de DIPr. de la UAB 2 gener, 2011.

¹¹² QUINONES ESCÁMEZ, ANA,, “Nacionales de países islámicos residentes en Europa: ¿qué derecho de familia?, en *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*”, X Premio Francisco Javier de Landaburu Universitas, ed. EUROBASK, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2012, p. 129.

puede dar lugar a situaciones claudicantes. Otra dificultad es que la ley elegida puede ser descartada por el juego de la excepción de “orden público internacional”¹¹³.

b) Sucesión *mortis causa*

La sucesión internacional es una cuestión que presenta desigualdad de regulación por los diferentes ordenamientos jurídicos en relación con los criterios utilizados como puntos de conexión en la determinación del derecho aplicable. Los sistemas se edifican sobre la base de la aplicación de las siguientes leyes: a) una ley única, la ley personal del causante al tiempo del fallecimiento, con independencia de la naturaleza y el lugar donde están situados los bienes pertenecientes a la masa hereditaria; b) la ley del lugar de situación de los bienes, prescindiendo de la naturaleza de estos; y c) la ley del lugar de situación para los bienes inmuebles y la ley personal para los muebles.

A diferencia del Derecho de familia, en el que la voluntad de los particulares es prácticamente irrelevante y en el que la gran mayoría de las relaciones se rigen por normas de orden público, el Derecho de sucesiones sigue siendo una materia en la que la voluntad del titular de los derechos ocupa un lugar importante¹¹⁴. Son reflejo de esta tendencia: la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho internacional privado (vigencia: 01/09/1986), art. 25¹¹⁵; la Ley rumana n° 105, sobre la reglamentación de las relaciones de Derecho Internacional (1979), art. 68¹¹⁶; la Ley Federal suiza sobre Derecho internacional privado (1987/2003), art. 90¹¹⁷; y la Ley N° 218, Reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado (31/05/1995), art. 46¹¹⁸. A pesar de la admisión del criterio de conexión subjetivo (*professio iuris*), no existe un poder absoluto de elegir cualquier ordenamiento jurídico como rector de la sucesión internacional de una persona, sino que se somete a ciertos límites.

¹¹³ QUIÑONES ESCÁMEZ, ANA, “Nacionales de países islámicos residentes en Europa: ¿qué derecho de familia?”, art. cit., p. 117.

¹¹⁴ Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo”, Documento COM(2009) 154 final, Bruselas, 14 octubre 2009, p. 6.

¹¹⁵ Art. 25. SUCESION MORTIS CAUSA

(1) La sucesión *mortis causa* se rige por el último Derecho nacional del *de cuius*.

(2) Para los bienes inmuebles situados en la República Federal Alemana, el *de cuius* puede escoger al Derecho alemán en forma de una disposición *mortis causa*.

¹¹⁶ Art 66. El derecho sucesorio está sujeto:

a. con respecto a las cosas muebles que no están bajo cuidado en el lugar en el que se encuentran, al Derecho patrio del *de cuius* al momento de su muerte;

b. con respecto a las cosas inmuebles y al patrimonio de la empresa, al Derecho del lugar en donde se encuentran.

Art. 68. El testador puede someter la transmisión de su patrimonio por vía de la sucesión a un Derecho distinto del señalado en el artículo 66, sin poder excluir las prescripciones obligatorias.

¹¹⁷ Art. 90. 1. La sucesión de una persona que tenía su domicilio en Suiza se rige por el Derecho suizo.

2. Un extranjero puede, sin embargo, someter su sucesión por testamento o pacto sucesoral al Derecho de uno de sus Estados nacionales. Esta elección caduca si, al momento de su muerte, el disponente no tenía esta nacionalidad o había adquirido la nacionalidad suiza.

¹¹⁸ Art. 46. SUCESION FOR CAUSA DE MUERTE

1. La sucesión por causa de muerte se rige por la ley nacional del *de Cuius* de cuya herencia se trata, al momento de su deceso.

2. El sujeto de cuya herencia se trata puede someter, por declaración expresa, en forma testamentaria, toda la sucesión a la ley del Estado en el cual él reside. Esta escogencia queda sin efecto si, al momento del deceso, el declarante no residía más en ese Estado. En la hipótesis de sucesión de un nacional italiano, la escogencia no perjudica los derechos que la ley italiana atribuye a los herederos residentes en Italia al momento del deceso de la persona de cuya herencia se trata.

La autonomía conflictual, esto es, la elección de un ordenamiento nacional de entre los posibles, como aplicable al fondo de la sucesión, ha sido recogida en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (aún no ha entrado en vigor). En tal sentido, establece que toda persona podrá designar la ley del Estado de su nacionalidad o de su residencia habitual, al tiempo de la designación o de su fallecimiento, para regir la totalidad de su sucesión (arts. 5 y 6).

A los efectos de simplificar considerablemente las situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, se adopta el citado [Reglamento \(UE\) nº 650/2012](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

El ámbito de aplicación es muy amplio, abarca todos los aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa de muerte (sin incluir cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas), es decir, cualquier forma de transmisión de bienes por causa de muerte, derechos y obligaciones, ya derive de una transmisión voluntaria en virtud de una disposición *mortis causa*, o de una transmisión ab intestato (art. 3).

A pesar del criterio general de la residencia habitual, el Reglamento capacita a los ciudadanos para organizar por anticipado su sucesión, mediante la elección de la ley aplicable a ésta, limitándose a poder designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar su elección o en el momento del fallecimiento (que puede no coincidir con el de su residencia habitual)¹¹⁹. Esta opción permite a la persona mantener estrechos lazos con su país de origen y, de esa forma, preservar los vínculos culturales a través de su sucesión¹²⁰. Asimismo, cabe señalar la claridad de su objetivo: garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida, así como proteger los intereses de las personas próximas al difunto ante la elección de una ley que intente frustrar sus expectativas legítimas. La determinación de la nacionalidad o nacionalidad múltiple de una persona debe resolverse como una cuestión preliminar y queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (Considerandos 38 y 41).

B. Método de reconocimiento

Las sociedades de inmigración y multiculturales, exponen al DIPr. al desafío de adaptarse a estas nuevas circunstancias y contexto social para proporcionar una respuesta jurídica adecuada y segura que permita la integración social de la población inmigrante. Para todo esto se requiere una nueva mirada, otra forma de abordar los problemas, de investigar, de agilizar y fomentar la información y, sobre todo, de convivir con una actitud de respeto recíproco entre personas de distinta cultura, etnia o lengua que comparten territorio, trabajo y existencia.

La adopción de este tipo de soluciones, parte de la aceptación de que en el espacio actual de la diversidad, donde coexisten individuos pertenecientes a culturas muy diferenciadas, no caben soluciones únicas y generales. De allí, que se proponga la flexibilización de aquéllas “que no desconozcan ni los derechos y libertades

¹¹⁹ Artículo 22. Elección de la ley aplicable.1. Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

¹²⁰ Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo”, Documento COM(2009) 154 final, Bruselas, 14 octubre 2009, p. 8.

fundamentales... que es preciso garantizar a todos, ni tampoco la relevancia, social y jurídica, de otras culturas y concepciones de familia”¹²¹. En este orden de ideas, se fomenta lo que para Werner Goldschmidt es “lo propio de la justicia del DIPr., la tolerancia hacia lo ajeno y diferente”¹²².

Ello obliga a replantear la función y técnicas de reglamentación del sistema de DIPr., a fin de dotar de previsibilidad y continuidad espacial del estatuto personal y familiar de las personas que migran, tanto en el país de origen como en el lugar en que realizan sus vidas (o de residencia habitual)¹²³. Es preciso también reconocer la “identidad cultural” en lo que se refiere a sus relaciones personales y familiares, atendiendo a sus propios ordenamientos de procedencia¹²⁴, por cuanto la convivencia entre culturas ahora tiene mayor intensidad que en épocas precedentes. El derecho a la identidad cultural es el derecho que tienen todos los migrantes al mantenimiento de su identidad cultural, es el poder ser diferente pero al mismo tiempo parte integrante de la sociedad receptora¹²⁵. “Este intercambio de valores y culturas aboga, en el Derecho internacional privado, por soluciones distintas al clásico modelo localizador, tratando de integrar soluciones coordinadas o integrativas, “deconstructivas” para algunos. Pero, sobre todo, convierte al Derecho internacional privado en una pieza clave del diálogo jurídico intercultural, convirtiéndose en una suerte de “*ius communicationis*” o, si se quiere, en un canal de comunicación jurídica”¹²⁶, entre los distintos ordenamientos que entran en relación cuando se está en presencia de las situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración y multiculturales.

En tal sentido, se propone una nueva interpretación de la norma de conflicto que no ha perdido su tradicional función de localizar el ordenamiento más estrechamente vinculado sino que es funcional al método de reconocimiento mediante la toma en consideración de la particularidades de los ordenamientos de origen de las personas migrantes. Se trata de una técnica de regulación que opera como cláusula general que admite la interpretación de las reglas de DIPr., atendiendo al principio de la integración social de las personas que migran “de tal forma que la aplicación del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto permite a la autoridad judicial hacer un razonamiento previo, de conformidad con el cual sólo procederá a constituir la relación en el foro cuando vaya a tener lugar su reconocimiento en el país de origen de la persona migrante o migrada”, así como homologar en el foro la que se haya constituido en el extranjero. La inclusión social en el estado de acogida de las personas que migran, requiere la toma en consideración de la ley de origen de tales personas,”en lugar de la aplicación de la ley de su residencia habitual en el extranjero” “y ello, entendiendo que la referencia a la ley de

¹²¹ GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO D., *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6º ed., Madrid, 1995, p. 290.

¹²² GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*. 10º ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2009, Prólogo de Alicia M. Perugini Zanetti, p. XXV.

¹²³ ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA, “El ‘método del reconocimiento’ como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración”, art. cit., pp. 20 y ss.

¹²⁴ MULERO GARCÍA, JUAN SIMÓN, “Integración social, derecho a la diferencia y relaciones jurídico-privadas internacionales”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, n.º 24, publicado el 16/12/2011.

¹²⁵ El art. 31 de la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familias de 1990, consagra el derecho a la identidad cultural de los migrantes en los siguientes términos: “Los Estados parte velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen”.

¹²⁶ SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “Estado democrático, postmodernismo y el Derecho internacional privado”, Revista de Estudios Jurídicos n.º 10/2010 (Segunda Época), Universidad de Jaén (España) Versión electrónica: rej.ujaen.es

origen no es exclusiva de la ley nacional, sino que puede tratarse también de la ley de su residencia habitual (entre otras leyes)”¹²⁷.

La apertura a otros sistemas jurídicos tiene por finalidad garantizar cierta estabilidad, personal y familiar, a los que viven en contacto con más de un país y un ordenamiento jurídico. De este modo, se favorecerá el reconocimiento extraterritorial de tales relaciones y se evitará la creación de situaciones claudicantes, válidas en el país que se crean, pero no en el país de reconocimiento.

Se trata, en definitiva, de examinar los tradicionales criterios de conexión que permitan la apertura a otros sistemas jurídicos y culturales, adoptando una actitud de comparación y diálogo, considerando y valorando puntos de vista diferentes con el objetivo de administrar una justicia material en el caso concreto.

Desde esta perspectiva, enunciaremos los principios fundamentales que subyacen en el tratamiento de las cuestiones desarrolladas a lo largo de estas páginas, sin que ello implique olvidar el carácter dinámico que tienen en un contexto espacio-temporal específico.

IX. Principios fundamentales

Entre los principios fundamentales que orientan las políticas en materia de inmigración pueden mencionarse los siguientes:

a) Libertad de movimiento

Es un principio fundamental en el contexto de la migración internacional, el cual se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando garantizan a cualquier persona la libertad de circulación de un país a otro sin limitaciones, incluyendo el propio y la libertad para elegir su lugar de residencia. Nadie podrá ser privado de manera arbitraria del derecho a regresar a su propio país.

b) Principio de integración

La integración de los inmigrantes debe entenderse en consonancia con el derecho a la igualdad asentada sobre valores democráticos compartidos, base de la cohesión social. La forma más coherente de aplicar este principio y de pretender ese objetivo con las personas de diferentes culturas es una política intercultural, es decir, en la igualdad y en el respeto a la diversidad.

c) Principio de igualdad y no discriminación

La protección contra cualquier tipo de discriminación consagrada desde 1948 por la Declaración Universal de Derechos Humanos, ha venido siendo repetida a lo largo del tiempo en diferentes tratados que rigen la materia, pero principalmente en la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias de 1990, que impone a los Estados Partes el compromiso de respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción, los derechos previstos en su texto sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otro tipo, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, posición económica, patrimonio, estado civil, nacimiento, o cualquier otra condición (art. 7). Por lo que el objetivo de la igualdad, debe ser que los miembros del grupo mayoritario acepten como iguales a los miembros del grupo minoritario. Para situar en plano de igualdad a todas las personas, sería conveniente, por ejemplo, favorecer el

¹²⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA, “El ‘método del reconocimiento’ como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración”, pp. 20 y ss.

diálogo con las familias de culturas minoritarias; estar atento a las actitudes discriminatorias y trabajar en su modificación; resolver mediante diálogo los conflictos derivados de la diversidad nacional, religiosa y cultural en un contexto de inmigración.

El encuadre de los principios de igualdad y no discriminación como normas imperativas y, en consecuencia, de obligatorio cumplimiento para los Estados ha sido difundida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha sostenido que *“El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares”*¹²⁸. De esta forma, se limitan las distinciones que por vía legislativa o reglamentaria el Estado puede hacer entre sus ciudadanos y los inmigrantes dentro de su territorio.

d) Principio de interculturalidad

La interculturalidad va más allá de la perspectiva multicultural, porque además del reconocimiento y adaptación de las diferentes culturas se propone un diálogo entre ellas, en condiciones de igualdad y reciprocidad, que permitan la convivencia. Se trata de una manifestación de voluntad encaminada a lograr unas relaciones consideradas positivas, en un plano de mutua influencia. Dentro del enfoque intercultural, se han de tomar en consideración dos aspectos que no siempre se atienden conjuntamente: la diferencia cultural y la desigualdad. Su aportación específica está en el énfasis en el terreno de la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciados.

e) Unidad familiar

La familia, elemento natural y fundamental de la sociedad- teniendo en cuenta todos los tipos existentes- tiene derecho a vivir unida, recibir respeto, protección, asistencia y apoyo de la sociedad y del Estado. Así, ha sido consagrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 16.3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 17 y 23); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 1); Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 17); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 8); Carta Social europea de 1961 (art. 16); Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (art.8.1).

El derecho internacional relacionado con la unidad familiar, limita la autoridad del Estado de utilizar sus leyes nacionales para regular quién puede ingresar, permanecer, o abandonar su territorio. En tal sentido, le puede imponer una obligación positiva de adoptar medidas para preservar la integridad de la familia, en los casos en que ésta haya quedado separada por el motivo que fuere, a través de la figura de la reunificación familiar.

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra el principio de no-separación del niño de sus padres en contra de la voluntad de éstos, que los Estados Partes “garantizarán” (art. 9.1). Esta disposición establece el derecho del niño a la reunificación de la familia y es corroborada por el artículo siguiente, el cual dispone, además de otros postulados, que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita” (Art.10. 1).

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva número 18 de 17 de septiembre de 2003, p. 129.

La constatación del hecho que la familia constituye un elemento que fija los valores fundamentales que sostiene la organización social, se traduce en la Directiva 2003/86/CE que comienza reconociendo que "la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado" (considerando 4.º).

En cuanto a los integrantes del grupo familiar que pueden ser reagrupados, se ha visto que la enunciación varía de una normativa internacional a otra.

X. Reflexión final

La multiculturalidad es una realidad en muchos países hace ya largos años y designa la coexistencia de diferentes modelos de vida, culturas, etnias o religiones en los países de destino. Lograr la integración social de las personas que viven en contacto con más de un país y un ordenamiento jurídico, esto es, la convivencia pacífica entre la población autóctona y extranjera que residen de forma habitual en un mismo territorio, lleva a replantear la función y técnicas de reglamentación del Derecho internacional privado. Este sistema puede contribuir a conciliar las dos exigencias que aparecen a menudo contrapuestas: la integración del inmigrante en el país de destino y el respeto a sus orígenes. Para ello, es necesario un proceso social de interacción entre las personas que conviven en el seno de una misma sociedad, basado en el diálogo (*ius communications*) entre los distintos ordenamientos que entran en relación, a fin de garantizar cierta estabilidad personal y familiar tanto en el lugar en que realizan sus vidas como en el lugar de procedencia. En este contexto, se fomenta lo que para Werner Goldschmidt es "lo propio de la justicia del DIPr., la tolerancia hacia lo ajeno y diferente", y se relaciona con la cabal protección de los derechos de los migrantes como salvaguarda de la dignidad de todo ser humano en la era de la globalización. En síntesis, aprender a diverger para converger en ideas y soluciones más armoniosas y justas.