

XLIII SEMINARIO NACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO
“**EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO EN EL CONTEXTO ACTUAL**”
SEMINARIO VIRTUAL, 18-20 DE NOVIEMBRE DE 2020

**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHOS HUMANOS: UN BLOQUE
NORMATIVO A FAVOR DE LA PERSONA, DE LA NIÑEZ Y DE LA FAMILIA**

*Jorge Cicero Fernández*¹

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Los tratados sobre derechos humanos.*
3. *Los tratados de Derecho internacional privado.*
4. *El Consejo de Europa.*
5. *Conclusión.*
6. *Bibliohemerografía.*

1. INTRODUCCIÓN

Agradezco a las autoridades de la AMEDIP, y al Dr. Jorge Silva en lo particular, su gentil invitación para sumarme a esta mesa. Es un privilegio participar con este tema en el presente Seminario Virtual. Por la magnitud de los retos y por las problemáticas humanas que involucra, es también un compromiso muy especial.

Como mexicanos y vecinos de los Estados Unidos, somos particularmente sensibles –quiero pensar– a la desintegración de familias con hijos de nacionalidad estadounidense, debido a la deportación de uno de sus padres de otra nacionalidad; al igual que al predicamento de las personas bajo cobertura del denominado programa DACA (*Deferred Action for Childhood Arrivals program*), identificadas como “*dreamers*” por el fallido el proyecto de ley DREAM Act, llevadas a temprana edad a ese país y que sin arraigo alguno a ellas están en riesgo de ser devueltas a sus naciones de origen. También debiéramos serlo al drama de las personas adoptadas en el extranjero para residir, crecer y hacer su vida en los EE.UU., y quienes en su edad adulta descubren que nunca fueron naturalizados y que carecen de la ciudadanía y de la consiguiente seguridad jurídica.

¹ Ministro del Servicio Exterior Mexicano; Licenciado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (1989); Maestro en Derecho Comparado e Internacional, Universidad de Houston (1991); Doctor en Ciencia Jurídica en Derecho Comparado e Internacional, *The George Washington University* (1998); miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C.; autor, entre otras publicaciones, de *La Constitución de 1917 y el Derecho Internacional en la Era Trump*, Facultad de Derecho UNAM- Tirant lo Blanch, 1^a edición, 2018; y de “Mexican Consular and Diplomatic functions vis-à-vis Private International Law and nationality conflicts: Towards a National normative framework for the Twenty-First Century”, *Mexican Law Review*, vol. 12, no. 1, México jul./dic. 2019 Epub 15-Mayo-2020. Es también miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.; y profesor de Derecho Internacional, de Sistemas Jurídicos, así como de Derechos Humanos y su Protección Constitucional.

Todos estos son ejemplos extremos de situaciones menoscabatorias de esferas jurídicas consubstanciales a la dignidad intrínseca de la persona, con puntos de contacto e interacciones entre diversos sistemas legales y con nexos o efectos transfronterizos, que mediante las herramientas del Derecho internacional privado (DIPr.) deberían y podrían mitigarse.

Paulatinamente, el vínculo no sólo entre derechos humanos y DIPr., sino entre ambos y las relaciones exteriores, se percibe con cada vez mayor nitidez. Particularmente en el campo del Derecho de familia y como lo advierte Cristina Oropeza, dado que el DIPr “ofrece herramientas que permiten aterrizar una política exterior con enfoque humano e impacto en la vida de los individuos, resulta necesario revalorar la experiencia de México en este frente y capitalizarla a través de un compromiso e impulso renovados con los temas que contempla, incluyendo el de los alimentos internacionales”.²

Nuria González y Mercedes Albornoz, al tiempo de concordar en que “[e]n la actualidad hay un aumento de la presencia de la denominada familia internacional, es decir, aquellas familias conformadas por individuos que están bajo la jurisdicción de naciones diversas”; precisan además que “[p]odemos presentar a una familia que ante la decisión de incrementar sus miembros y ante frecuentes cruce de frontera, junto con el desarrollo de la medicina, proyecta una serie de actividades que pueden quedar lejos incluso de una regulación doméstica o nacional”.³

Si, como lo proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 16, párrafo 3º); y como lo explica la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el propósito de éste no es otro que resolver mediante reglas especiales las situaciones personales, familiares o comerciales en que se halla implicado más de un país, y que pueden verse afectadas por las diferencias entre los respectivos sistemas jurídicos,⁴ en semejantes situaciones derechos humanos y DIPr resultan paradigmáticamente indisociables.

A su vez, Leonel Pereznieta expone cómo la cobertura de los derechos humanos es extensiva a las relaciones entre particulares y cómo, consiguientemente, la intromisión del Estado en ellas puede generar su responsabilidad internacional (interferencia por Costa Rica en servicios médicos de reproducción asistida); y cómo aplican a la esfera del DIPr. los principios de universalidad, igualdad,

² Cfr. Oropeza Zorrila, María Cristina, “El derecho internacional privado y la política exterior: apuntes desde los alimentos internacionales”, *Revista mexicana de política exterior*, Núm. 109, enero-abril de 2017, p. 61.

³ Cfr. González Martín, Nuria y Albornoz, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario mexicano de Derecho internacional*, vol. XVI, enero-diciembre 2016, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524/784>

⁴ Cfr. “Sobre la HCCH”, <https://www.hcch.net/es/about>

libertad, justicia, seguridad jurídica, bien superior del menor, derecho a tener familia, buena fe y certeza jurídica, derecho a la propiedad.⁵ En cuanto a la dimensión práctica de la vinculación entre DIPr. y derechos humanos, el Dr. Pereznieto propone estudiar tres tipos de casos:⁶

1. Normas jurídicas internacionales aplicables a los nacionales o domiciliados en territorio nacional.
2. El deber de aplicar el estatuto personal con objeto de obtener la ley extranjera aplicable, y en especial, cuando se trate de los derechos de unión y permanencia familiar y otros derechos adquiridos.
3. El respeto a la irrestricta autonomía de la voluntad para escoger la ley aplicable, la jurisdicción competente y, en su caso, la prórroga de la competencia judicial hacia medios alternativos de solución de controversias, en especial la medición y el arbitraje.

Por mi parte, enseguida me propongo abordar la referida vinculación mediante el análisis de los contenidos y el desarrollo comparado, por una parte, de los tratados de derechos humanos, con énfasis en la Convención Americana en la materia; por otra parte, de los tratados de DIPr., principalmente los de la Conferencia de La Haya; y, por último, de los instrumentos y avances relacionados del Consejo de Europa (CoE).

Por motivos conceptuales y de exposición, me referiré a estas categorías en la secuencia indicada. Procuraré, al hacerlo, identificar tanto las áreas convencionales de convergencia como las de divergencia, a fin de delimitar en qué medida el nexo entre derechos humanos y DIPr. abona a la certeza jurídica, al acceso efectivo a la justicia y a la protección de la persona en el ámbito transnacional.

2. LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

2.1 SU NATURALEZA Y ALCANCES

Desde sus primeras opiniones consultivas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) subrayó que “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”;⁷ en este respecto la Corte enfatizó

que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los

⁵ Cfr. Pereznieto Castro, Leonel, “El derecho internacional privado y los derechos humanos”, *Revista de derecho privado*, 4^a Época, año IV, núm. 12, julio-diciembre de 2017, pp. 128-141.

⁶ *Ídem.*, pp. 148 y ss.

⁷ cfr. CoIDH, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, párrafo 24.

derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁸

El Tribunal Regional de San José recordó, en este sentido, el reconocimiento previo en el caso *Austria v. Italia* (1961) de que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención Europea en la materia “son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos” entre dichas Partes.⁹

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969 es enfática en reconocer “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (preámbulo, párrafo 3º). En consecuencia, “[p]ara los efectos de [dicha] Convención, persona es todo ser humano” (artículo 1º, párrafo 2º) con independencia de su nacionalidad, país de origen, estatuto migratorio o cualquier otra distinción de semejante índole.

La ColDH ha precisado, además, que “el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional”; que este principio “ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”; y que, “revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”.¹⁰

Ciertamente, lo anterior incide en la cuestión de la eficacia horizontal o *drittewirkung* de los derechos humanos, pero va más allá. El núcleo motor de estos desarrollos en el contexto de los flujos de personas, siguiendo al Juez Cançado Trindade, radica en la urgencia de despertar a plenitud la denominada “conciencia jurídica universal”, tendiente a intensificar el proceso de humanización del Derecho internacional contemporáneo; de consolidar una *opinio juris communis* de todos los sujetos del propio Derecho, para hacer frente a las nuevas necesidades de protección del ser humano; y de hacer eficaces determinados principios generales de

⁸ *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 de la misma fecha, párrafo 29.

⁹ *Ídem*.

¹⁰ *Cfr. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 173.

derecho que aseguren la unidad del orden jurídico, a partir de la idea de la justicia y en beneficio de toda la humanidad, tales como la inalienabilidad del “derecho al Derecho” de que somos titulares todos los seres humanos, independientemente de nuestro estatuto de ciudadanía.¹¹

2.2 DERECHOS PROTEGIDOS Y DEBERES ESTATALES

Esbozadas la naturaleza y alcances de los tratados sobre derechos humanos en el contexto de los movimientos internacionales de personas, conviene ahora echar un vistazo a los correspondientes a los derechos protegidos, a los deberes de los Estados Parte y a los mecanismos de garantía, bajo la perspectiva del DIPr.

La medida en que para el goce, respeto y garantía efectivos de los derechos protegidos por la CADH, se requiera determinar la ley aplicable o el foro competente o más conveniente, practicar emplazamientos o notificaciones u obtener pruebas fuera de las fronteras del respectivo Estado Parte, aplicar Derecho extranjero, recurrir al arbitraje u otros medios de solución de controversias, homologar sentencias a nivel internacional, u otras diligencias semejantes, queda abierta y por determinar en cada caso.

Es axiomático, sin embargo, que los deberes de las Partes distan de limitarse a la obligación negativa o pasiva de respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Convención, sino que son extensivos al compromiso de garantizarlos positivamente mediante la adopción de cuantas “medidas legislativas o de otro carácter [...] fueron necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (cfr. artículos 1º y 2º).

Desde sus primeras sentencias en casos contenciosos, la ColDH estableció, por un lado, que el deber de respeto a los derechos humanos implica que “[e]l ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”; y por otro, que la obligación de garantizarlos a toda persona sujeta a su jurisdicción, “implica el deber de los Estados Partes 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”; ello, amén de las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de toda violación a los mismos - deberes no siempre de resultado, pero sí invariablemente de medio o comportamiento.¹²

Así también, la ColDH reafirmó desde temprano en su jurisprudencia consultiva, que la normativa interamericana de derechos humanos ha de analizarse, aplicarse

¹¹ Cfr. el Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en la propia Opinión OC-18, párrafos 25, 53-55, 87.

¹² Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988 (*fondo*), párrafos 165 y ss.

e interpretarse, no de manera estática, sino tomando en cuenta su paulatina integración con nuevos instrumentos y bajo el criterio de la Corte Internacional de Justicia, de acuerdo al cual “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”.¹³

Así, en el referido contexto y en caso de una sustracción o retención ilícita, el derecho a la protección de la familia y el derecho del niño “a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, consagrados respectivamente en los artículo 17 y 19 de la CADH, resultan indisociables de lo previsto en el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989, a saber:

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

Más aún, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha determinado la vigencia de un estándar de “diligencia excepcional” en este ámbito; y, en el supuesto de inminencia de daños irreparables en casos semejantes, por omisión del Estado Parte concernido en el cumplimiento de los deberes que le incumben, la CIDH ha llegado a otorgar la expedición de medidas cautelares, como ocurrió en el expediente MC 314/13 – XYZ, México y cuyo registro me permito reproducir íntegro:¹⁴

El 6 de marzo de 2015, la CIDH decidió solicitar la adopción de medidas cautelares a favor de X, Y y Z, en México. La CIDH mantiene sus identidades en reserva debido a que se trata de niños. Tras analizar los alegatos de hecho y de derecho, la Comisión

¹³ Cfr. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, párrafo 37.

¹⁴ CIDH, Medidas cautelares (2015), expediente MC 314/13 – XYZ, México, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp#tab2015>. En el mismo período trascendió a la opinión pública que, mediante resolución cautelar la CIDH habría advertido que los menores hijos de Maude Versini “están «en situación de daño irreparable»”; que “pidió al gobierno de México que implemente un régimen de visitas de Maude Versini a sus hijos en condiciones adecuadas, sin restricciones innecesarias y que se cumplan de manera efectiva y segura en un ambiente de normalidad”; y que el padre de los menores, “Aturo [sic] Montiel, enfrenta una orden de arresto internacional por sustracción de menores con difusión para Interpol”. Cfr. “La CIDH falla a favor de Maude Versini y contra Montiel. El ex gobernador del Estado de México, Arturo Montiel, y su ex esposa libran una batalla legal desde hace más de tres años por la custodia de sus hijos Alexi, Adrián y Sofía”, Aristegui noticias, 9 de marzo de 2015, <https://aristeguinoticias.com/0903/mexico/la-cidh-falla-a-favor-de-maude-versini/>

considera que la información presentada demuestra que, en principio, los niños se encuentran en una situación de gravedad y urgencia, puesto que su derecho a la familia y la integridad, en referencia a su desarrollo integral, se podrían encontrar en una situación de riesgo de daño irreparable. En consecuencia, de acuerdo con el Artículo 25 del Reglamento de la CIDH, la Comisión solicitó al Estado de México que adopte las medidas necesarias para proteger el derecho a la familia, la integridad física y psíquica de los beneficiarios, con vistas al desarrollo armonioso de su personalidad. Específicamente, implementar medidas inmediatas, a la luz del interés superior del niño, para proporcionar los servicios y acompañamiento especializados a los niños, con independencia de otros intereses, a fin de garantizar su bienestar integral con respecto de la afectación causada por la situación. Asimismo, implementar de manera inmediata un régimen de visitas acorde a los intereses de los niños y a su debida protección que garantice el acceso de los niños a su madre y familia ampliada, en condiciones adecuadas, sin restricciones innecesarias, en un ambiente que garantice la máxima normalidad posible en el relacionamiento. Además, que se tomen las medidas para asegurar que dicho régimen será implementado de manera efectiva mientras dure el proceso de restitución; con un apoyo especializado e independiente que garantice el bienestar de los niños y con la menor intrusión posible en la relación. Que adopte las medidas necesarias para asegurar que los procesos relacionados con el procedimiento de restitución internacional, sean resueltos con la diligencia excepcional y a la brevedad. Tal como es la práctica de la CIDH, la resolución 7/2015 de otorgamiento de esta medida cautelar no se publica en salvaguarda de los derechos humanos de los niños.

Parecería también claro que el concepto “plazo razonable” en el marco de la garantía de debido proceso a que tiene derecho toda persona, “para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, en aquellos casos en que se requiera al efecto la obtención de pruebas en el extranjero, debiera cobrar eficacia mediante el ejercicio de los medios de cooperación internacional aplicables (rogatorias vía autoridades centrales en materia civil y mercantil, intercambio de información mediante convenios para evitar la doble imposición y prevenir el fraude y la evasión fiscal, obtención no coactiva por medio consular, etc.). Ello, bajo un estándar de diligencia debida a cargo del Estado Parte bajo cuya jurisdicción haya de hacerse tal determinación, a la luz de las mejores prácticas a nivel internacional y de la evolución de los medios de comunicación y de las tecnologías de la información correspondientes para tales diligencias.

Los anteriores ejemplos, por delinean apenas un par de ilustraciones de las interacciones más evidentes entre derechos humanos y DIPr.

3. LOS TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Estructurados para propiciar la cooperación y tender puentes entre los sistemas jurídicos de naciones soberanas y en contraste a los tratados de derechos humanos, los tratados de DIPr. pueden caracterizarse en lo general, parafraseando a la ColDH, como “tratados multilaterales de tipo tradicional,

concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos” entre los Estados Parte, es decir para “crear derechos subjetivos y recíprocos” entre dichas Partes; y no directamente para “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”, si bien ello puede y suele ser un resultado de su correcta aplicación. Nótese que para el DIPr. la nacionalidad de personas naturales y jurídicas y cuestiones relacionadas como el domicilio son fundamentales, sin que ello implique discriminación, antes bien para propiciar la igualdad ante la ley del país de residencia tanto como la certeza jurídica en cuanto al denominado estatuto personal en lo aplicable.¹⁵ Cabe precisar que los tratados de derechos humanos proporcionan actualmente el estándar mínimo no sólo para el tratamiento de personas extranjeras, sino como ya vimos de todo ser humano.

Dicho lo anterior, ciertos tratados de la Conferencia de La Haya en lo particular denotan significativas y progresivas interacciones con los de derechos humanos. Procedo a formular breves observaciones con respecto a siete tratados de interés, a los que me refiero en orden cronológico:

- *Convenio de 1º de marzo de 1954 sobre Procedimiento Civil.*- Su artículo 26 antedata al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y a la CADH (1969), en cuanto a la prohibición del arresto por deudas en materia civil o mercantil, sea como medida precautoria o de ejecución, si bien circunscrita a extranjeros pertenecientes a uno de los Estados contratantes, en caso que no sea aplicable a los nacionales del país.¹⁶
- *Convenio de 15 de junio de 1955 para Regular los Conflictos entre la Ley Nacional y la Ley del Domicilio.*- Su naturaleza contractual sobre la base de la reciprocidad, queda puesta de relieve por el artículo 7º: “Ningún Estado contratante estará obligado a aplicar las disposiciones del presente Convenio, cuando el Estado en el que está domiciliada la persona interesada o el Estado del que es nacional dicha persona no sea un Estado contratante”.
- *Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores.*- Introduce disposiciones equiparables al principio pro persona de los derechos humanos, tendientes a que el Convenio despliegue sus efectos útiles a favor del mayor universo de beneficiarios, en plano de igualdad y no discriminación. Destaco los artículos 1º, último párrafo (“A los fines del presente Convenio, la palabra “menor” significa todo hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo que no esté casado y tenga menos de veintiún años cumplidos”); y 3º (“No obstante lo dispuesto en las disposiciones que preceden, se aplicará la ley designada por las normas nacionales de conflicto de la autoridad

¹⁵ Cfr., v.gr., Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) – Convención de Derecho Internacional Privado (La Habana, 20 de febrero de 1928).

¹⁶ Compárese con los artículos 11 del Pacto (“Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”); y 7, párrafo 1º de la CADH (“Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”).

que conozca de la reclamación en el caso en que la ley de residencia habitual del menor le niegue todo derecho a alimentos”).

- *Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el Reconocimiento de Divorcios y de Separaciones Legales.*- En términos de su artículo 17, este Convenio “no impedirá la aplicación en un Estado contratante de normas jurídicas más favorables al reconocimiento de divorcios y de separaciones obtenidos en el extranjero”. Ello, en el marco de las disposiciones sobre residencia habitual y en beneficio de las personas interesadas, sean o no nacionales de uno o ambos Estados Parte involucrados.
- *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.* Los convenios que anteceden contienen preámbulos de mero estilo (“Los Estados signatarios del presente Convenio [...] Deseando establecer disposiciones comunes referentes a la regulación de los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio [...] Han resuelto concluir un Convenio a tal efecto y han acordado las disposiciones siguientes”, etc.). En marcado contraste, en el preámbulo del Convenio sobre Sustracción de Menores los Estados signatarios hacen patente su profundo convencimiento “de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”; tanto como su deseo “de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita”. Tal expresión de sus valores y propósitos lo armoniza e integra, *ipso jure* y entre otros efectos para los de interpretación,¹⁷ con la normativa internacional de derechos humanos donde el interés superior de la niña o el niño conlleva el deber estatal, por sobre cualquier consideración de nacionalidad o estatuto migratorio y sujeto a desarrollo progresivo, de adoptar medidas de protección especial, incluyendo procesos judiciales adaptados a las necesidades de los menores.¹⁸ Reafirman esta constatación los artículos 1º y 2º del Convenio en cuestión, al especificar que la finalidad del mismo consiste en la restitución inmediata y en velar por los respectivos derechos de custodia y visita, al igual que el deber de los Estados Contratantes de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio, mediante el recurso a los procedimientos de urgencia de que dispongan.
- *Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.*- Su preámbulo especifica el deseo de las Partes de establecer disposiciones comunes *inter alia* para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños las cuales tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por la CDN y por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre

¹⁷ Sobre el valor del preámbulo de un tratado para efectos de su interpretación, *cfr.* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), artículo 31 “Regla general de interpretación”.

¹⁸ *Cfr. ColDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párrafos resolutivos 2º al 4º y 14.

todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/85, de 3 de diciembre de 1986). Tiene por objeto con arreglo a su artículo 2º: a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional; b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio. Me remito al respecto a mis comentarios previos.

- *Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.*- Presenta características similares a las referidas respecto de los Convenios sobre Sustracción de Menores y sobre Adopciones Internacionales, incluyendo párrafos preambulares que lo relacionan expresamente con la Convención de las Naciones Unidas sobre la obtención de alimentos en el extranjero de 20 de junio de 1956, tanto como con la CDN incluyendo lo relativo al interés superior del menor.

La tendencia a armonizar e integrar normas convencionales de DIPr. y de derechos humanos, es igualmente pronunciada en el seno del CoE, como veremos a continuación.

4. EL CONSEJO DE EUROPA

A diferencia del índice oficial de tratados multilaterales interamericanos, el concepto “Derecho internacional privado”,¹⁹ como tal, no figura en el portal de búsqueda de tratados por materia del CoE.²⁰ La Convención Europea sobre Adopción de Niños (1967), por ejemplo, figura en el rubro “Derecho de familia-derechos del niño”.²¹ El dato es indicativo de que para efectos de los tratados del CoE lo relevante pareciera ser, más que hacer una distinción entre tratados de DIPr. y otros, enfocarse en la codificación y el desarrollo del Derecho internacional en áreas clave para la cooperación internacional y para el desarrollo de instrumentos de avanzada, con una perspectiva de derechos humanos. Los tres siguientes tratados del CoE me parecen ilustrativos, no obstante el limitado universo de ratificaciones:

¹⁹Cfr. “Derecho Internacional Privado”, OEA, Departamento de Derecho Internacional, Tratados Multilaterales Interamericanos, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_materia.asp (última consulta: 03/09/2020).

²⁰ Cfr. Council of Europe, Treaty Office, Search on Treaties – Available subject-matters, <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/search/subject> (última consulta: 03/09/2020).

²¹ Ídem., https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject?_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_formDate=1599170741014&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_mode=subject&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_selectedDomaines=29&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codesMatières=29&p_auth=1Y9Gvqe2 (última consulta: 03/09/2020).

- *Protocolo Adicional al Acuerdo Europeo sobre la Transmisión de Solicitudes de Asistencia Legal* (Moscú, 4 de noviembre de 2001)²².- El Protocolo está diseñado para mejorar la aplicación del Acuerdo, en beneficio de personas con residencia habitual en el territorio de un Estado Parte que requieran asistencia legal en materia civil, mercantil o administrativa en el territorio de otro Estado Parte, particularmente con respecto a la cooperación entre Autoridades Centrales y la comunicación entre abogados y solicitantes.²³ En su parte preambular, el Protocolo invoca como fundamento el derecho a un proceso equitativo, consagrado en el artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y extensivo a la necesidad de contar con asistencia legal no sólo ante los tribunales, sino previamente al inicio de procedimientos judiciales.
- *Convención sobre Contactos concernientes a Niños* (Estrasburgo, 15 de mayo de 2003)²⁴.- El objetivo de la Convención es mejorar diversos aspectos del contacto a nivel nacional y transfronterizo, particularmente para reforzar el derecho básico de los niños y sus padres de mantener contactos regularmente, con las debidas salvaguardas para garantizar el retorno de los menores terminados los contactos; ello, en refuerzo y complemento de otros instrumentos internacionales aplicables como la CEDH, la CDN y el Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores.²⁵
- *Convención Europea (Revisada) sobre Adopción de Niños* (Estrasburgo, 27 de noviembre de 2008)²⁶.- Actualiza la Convención tomando en cuenta los desarrollos sociales y legales, así como la CEDH bajo el principio de que los mejores intereses del niño siempre llevarán precedencia sobre cualquier otra consideración.²⁷ En su preámbulo invoca la CDN, la Convención de La Haya de 1993 sobre la misma materia, la Europea de 1996 sobre Ejercicio de los Derechos del Niño y la jurisprudencia relacionada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Entre sus innovaciones y salvaguardias me circunscribe a destacar aquí las referentes al acceso y revelación de información (véase el artículo 22), incluyendo el deber de conservar registros sobre la adopción por al menos 50 años a partir de la misma (“*Having regard to a person’s right to know about his or her identity and origin, relevant information regarding an adoption shall be collected and retained for at least 50 years after the adoption becomes final*”).

²² Additional Protocol to the European Agreement on the Transmission of Applications for Legal Aid, Moscow, 4.X.2001, European Treaty Series [E.T.S.] No. 179.

²³ Cfr. Council of Europe, Treaty Office, Search on Treaties – Details of Treaty No. 179 – Additional Protocol to the European Agreement on the Transmission of Applications for Legal, <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/179> (última consulta: 03/09/2020).

²⁴ Convention on Contact concerning Children, Strasbourg, 15.V.2003, E.T.S. No. 192.

²⁵ Cfr. Council of Europe, Treaty Office, Search on Treaties – Details of Treaty No. 192 – Convention on Contact concerning Children, <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/192> (última consulta: 03/09/2020); y el preámbulo de la misma Convención.

²⁶ European Convention on the Adoption of Children (Revised), Strasbourg, 27.XI.2008, Council of Europe Treaty Series [C.E.T.S], No. 202.

²⁷ Cfr. Council of Europe, Treaty Office, Search on Treaties – Details of Treaty No. 202 – European Convention on the Adoption of Children (Revised), <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/202> (última consulta: 03/09/2020).

Paralelamente, en el seno de la Asamblea Parlamentaria (AP) del CoE se ha promovido la colaboración del Consejo de Ministros de la propia Organización con la Conferencia de La Haya, a propósito de las cuestiones de Derecho internacional privado en torno del estatus de los niños, incluyendo los problemas emergentes en relación con la paternidad legal derivados de los acuerdos internacionales sobre maternidad subrogada, con miras a asegurar que los puntos de vista del CoE (incluyendo los de la AP y los del TEDH sean escuchados y tomados en consideración en cualquier instrumento multilateral que pudiera resultar de los trabajos de la Conferencia.²⁸

5. CONCLUSIÓN

Tradicionalmente, los derechos humanos y el DIPr. se habían tratado como disciplinas separadas e independientes, pero del estudio realizado se desprende que son crecientemente complementarias e interdependientes, en especial en el contexto de los flujos humanos internacionales.

Ni los derechos humanos se circunscriben a los deberes estatales, al contar con eficacia horizontal entre particulares, incluyendo la prohibición absoluta de la discriminación asociada al estatuto migratorio o de nacionalidad; ni los tratados de DIPr. se limitan a concertar obligaciones recíprocas entre las Partes, al desarrollar progresivamente no sólo compromisos interestatales de cooperación internacional, sino estándares cada vez más favorables al acceso de la persona, de la niñez y de la familia a la justicia, a la certeza jurídica y a la protección de sus derechos a nivel nacional, transnacional e internacional.

La jurisprudencia interamericana y un cúmulo de normas convencionales hacen cada vez más claro y categórico, además, el deber positivo de adoptar con diligencia cuantas medidas estén a su alcance, incluyendo la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales, la cooperación efectiva y eficaz entre autoridades centrales u otras y las medidas cautelares y de urgencia, que se requieran en cada situación para garantizar el interés superior del niño y su protección especial en casos de adopción, sustracción, restitución, subrogación, custodia, contactos familiares y alimentos a nivel internacional.

Cierto, no todos los Estados son Parte en la totalidad de tratados de derechos humanos y de DIPr., cuya suscripción, ratificación y entrada en vigor dista de ser universal; tratándose de decisiones soberanas, difícilmente podrían ser forzados a adherirse a ellos. Pero todos los Estados integrantes de la comunidad internacional, tienen obligación de cumplir de buena fe sus compromisos adquiridos bajo el Derecho internacional; de cooperar entre sí, en pleno de

²⁸ Cfr. Children's rights related to surrogacy, Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, Report | Doc. 14140 | 23 September 2016, Rapporteur : Ms Petra De SUTTER, Belgium, SOC, Origin - Reference to committee: Doc. 13562, Reference 4071 of 3 October 2014. 2016 - Fourth part-session (<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en>).

igualdad soberana, para la consecución de los propósitos y principios de las Naciones Unidas; y de promover, mediante acción conjunta o individual, el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y la efectividad de tales derechos y libertades de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.²⁹ Como lo pone de relieve el análisis efectuado, los tratados de derechos humanos y de DIPr. son en la actualidad instrumentos privilegiados y que se refuerzan mutuamente a tales efectos. De ahí el título del presente trabajo: “Derecho internacional privado y derechos humanos: Un bloque normativo a favor de la persona, de la niñez y de la familia”.

Regreso ahora a la espada migratoria de Damocles que pende sobre los *dreamers*; a la desintegración familiar forzada en casos de deportación de uno o ambos padres de su país de residencia habitual; y a la tragedia de las personas adoptadas en el extranjero, sin el beneficio de la adquisición de la nacionalidad de su país adoptivo. Al respecto, no me resta sino hacer mías estas palabras del Juez Augusto Cançado Trindade, singularmente vigentes en épocas de pandemias, discursos xenófobos y polarización:³⁰

El drama de los refugiados y los migrantes indocumentados sólo podrá ser eficazmente tratado en medio [de] un espíritu de verdadera solidaridad humana hacia los victimados. En definitiva, sólo la firme determinación de reconstrucción de la comunidad internacional sobre la base de la solidaridad humana podrá llevar a la superación de todos estos traumas.

A todas y todos, por su atención gracias.

6. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

CORZO, Víctor Emilio, “Entre sueños y pesadillas: el programa DACA”, *El mundo del abogado*, 4 de octubre de 2017, <https://elmundodelabogado.com/revista/derecho-en-el-mundo/item/entre-suenos-y-pesadillas-el-programa-daca>

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario mexicano de Derecho internacional*, vol. XVI, enero-diciembre 2016, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524/784>

OROPEZA ZORRILA, María Cristina, “El derecho internacional privado y la política exterior: apuntes desde los alimentos internacionales”, *Revista mexicana de política exterior*, Núm. 109 El Estado de derecho en la relación México-Estados Unidos y la formación del Servicio Exterior Mexicano, enero-abril de 2017, pp. 63-75.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, “El derecho internacional privado y los derechos humanos”, *Revista de derecho privado*, 4^a Época, año IV, núm. 12, julio-diciembre de 2017, pp. 123-158.

²⁹ Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, “Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

³⁰ Cfr. Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC-18/03, *cit. supra.*, párrafo 15.

HEMEROGRAFÍA

"La CIDH falla a favor de Maude Versini y contra Montiel. El ex gobernador del Estado de México, Arturo Montiel, y su ex esposa libran una batalla legal desde hace más de tres años por la custodia de sus hijos Alexi, Adrián y Sofía", *Aristegui noticias*, 9 de marzo de 2015, <https://aristeguinoticias.com/0903/mexico/la-cidh-falla-a-favor-de-maude-versini/>

Shoichet, Catherine E. y Kopan, Tal, "Inmigración en Estados Unidos: ¿qué significa DACA y quiénes son los dreamers", CNN, 12 de noviembre de 2019, <https://cnnespanol.cnn.com/2019/11/12/daca-dreamers-significa-inmigracion-estados-unidos/>

"El drama de los bebés extranjeros adoptados por estadounidenses que de adultos no tienen ciudadanía. Entre 25 mil y 49 mil personas que fueron adoptadas cuando eran niños en otros países por padres originarios de Estados Unidos se llevan la sorpresa en algún momento de su vida de que no tienen la ciudadanía estadounidense", *El universal*, 29 de agosto de 2020, <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/el-drama-de-los-bebes-extranjeros-adoptados-por-estadounidenses-que-de-adultos-no-tienen>

CIBERGRAFÍA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas cautelares (2015), expediente MC 314/13 – XYZ, México, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp#tab2015>

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado "Sobre la HCCH", <https://www.hcch.net/es/about>

Council of Europe, Treaty Office, Search on Treaties – Available subject-matters, <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/search/subject>

Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional, Tratados Multilaterales Interamericanos, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_materia.asp

JURISPRUDENCIA - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988 (*fondo*), Ser. C, No. 4.

Jurisprudencia consultiva:

- *Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte*, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Ser. A, No. 1.
- *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 de la misma fecha, Ser. A, No. 2.
- *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Ser. A, No. 10.
- *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Ser. A, No. 18.
- Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en la propia Opinión.
- *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Ser. A, No. 21.

TRATADOS – CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Convenio de 1º de marzo de 1954 sobre Procedimiento Civil.

Convenio de 15 de junio de 1955 para Regular los Conflictos entre la Ley Nacional y la Ley del Domicilio.

Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores.

Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el Reconocimiento de Divorcios y de Separaciones Legales.

Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.

TRATADOS Y DOCUMENTOS – CONSEJO DE EUROPA

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención Europea de derechos Humanos), Roma, 4 de noviembre de 1950.

Additional Protocol to the European Agreement on the Transmission of Applications for Legal Aid, Moscow, 4.X.2001, E.T.S. No. 179.

Convention on Contact concerning Children, Strasbourg, 15.V.2003, E.T.S. No. 192.

European Convention on the Adoption of Children (Revised), Strasbourg, 27.XI.2008, C.E.T.S, No. 202.

Parliamentary Assembly, *Children's rights related to surrogacy*, Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, Report | Doc. 14140 | 23 September 2016, Rapporteur : Ms Petra De SUTTER, Belgium, SOC, Origin - Reference to committee: Doc. 13562, Reference 4071 of 3 October 2014. 2016 - Fourth part-session (<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en>).

TRATADOS INTERAMERICANOS

Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) – Convención de Derecho Internacional Privado (La Habana, 20 de febrero de 1928).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

DECLARACIONES Y TRATADOS – NACIONES UNIDAS

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Paris, 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, “Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989.